

COLECCIÓN JURÍDICA DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO

5

GUSTAVO  
ORDOQUI  
CASTILLA

Director:  
Gunther Gonzales Barrón

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

5



ANDRESCUSTI.BLOGSPOT.COM

# ABUSO DE DERECHO

EN CIVIL, COMERCIAL, PROCESAL,  
LABORAL Y ADMINISTRATIVO

ABUSO DE DERECHO



PRÓLOGO DEL  
DR. PROF. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO



LEGALES  
EDICIONES



LEGALES  
INSTITUTO



LEGALES  
EDICIONES



GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

# ABUSO DE DERECHO

EN CIVIL, COMERCIAL, PROCESAL,  
LABORAL Y ADMINISTRATIVO

PRÓLOGO DEL  
DR. PROF. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO



LEGALES  
INSTITUTO



LEGALES  
EDICIONES

---

## **ABUSO DE DERECHO**

---

© GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

© EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.

Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima-Perú

Teléfonos: (511) 427-2076 / 426-2406

RUC: 20523085345

web: [www.legales.pe](http://www.legales.pe)

e-mail: [ventas@legales.pe](mailto:ventas@legales.pe)

---

Primera edición en el Perú: 2014

Tiraje: 300 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º 2014-05211

Registro ISBN: 978-612-4115-67-7

---

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

---

Diseño de portada: Edwing N. Gonzales Alvarado

Diagramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

---

Impresión y encuadernación:

Editorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván

Av. Las Lomas N.º 1600 - S. J. L.

RUC: 10090984344

---

Impreso en Perú / *Printed in Perú*

---



*“El concepto de abuso de derecho constituye una de las piezas principales de todos los sistemas jurídicos de todos los países civilizados, o más bien, la atmósfera, el elemento mismo en el que estos sistemas se desenvuelven y se realizan”.*

JOSSEERAND,

*“El espíritu de los derechos y su relatividad”*

(México, Puebla, 1946 pág. 7)

*“El desarrollo adquirido por la doctrina del abuso de derecho es el triunfo de la técnica jurídica, siendo éste un triunfo de todos los países, de todos los siglos, de todas las civilizaciones: corresponde a una ley fatal de evolución, a una ineludible necesidad”.*

GENY,

*“Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado positivo”*

(Madrid, 1925)

*“Se observa una tendencia bastante acusada a hacer de la Teoría del Abuso de Derecho uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual, ya que esta teoría se plantea en forma tal que desborda el campo limitado de la responsabilidad y alcanza a los conceptos más generales del derecho”.*

JORGE PEIRANO FACIO,

*“Responsabilidad extracontractual”*

(Montevideo, 1954, n° 152 pág. 277).

*“La letra mata, el espíritu vivifica” (San Pablo). La aplicación de esta máxima implica que es ilícito no sólo el acto contrario a la letra de la ley sino también el incompatible con sus fines*

ZAVALA DE GONZÁLEZ,

*“Resarcimiento del daño”*

(t. IV, Buenos Aires, 1999).



*Estudio dedicado a la memoria y en homenaje al  
Maestro José Luis De los Mozos.*



*"Nuestro agradecimiento y expresión de afecto para el Dr. Prof. Carlos Fernández Sessarego no solo por el prologo de esta obra sino por el hecho de que con sus enseñanzas personalistas formo gran parte de nuestra forma de pensar y querer mas al derecho como instrumento de convivencia pacífica entre los hombres.*

*También nuestro reconocimiento particular al Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá quien en su origen respaldo la difusión de esta obra en Bogotá (Colombia).*

*Por último, nuestra gratitud para el Dr. Gunther Hernán Gonzales Barrón que fue el ideólogo de este emprendiendo y gracias a su iniciativa esta obra ve la luz en un país tan querido como el Perú".*



## ÍNDICE GENERAL

Prólogo del Dr. Prof. Carlos Fernández Sessarego .....	1
Prólogo del Dr. Prof. Atilio Anibal Alterini.....	5

### EL ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

<b>Palabras Preliminares .....</b>	<b>15</b>
<b>1. La Modernidad en el Derecho: Los Códigos Liberales .....</b>	<b>16</b>
<b>2. La Posmodernidad en el Derecho: La Protección de Derechos Fundamentales.....</b>	<b>19</b>
<b>3. El Abuso del Derecho: Entre La Modernidad y La Posmodernidad .....</b>	<b>25</b>
<b>4. Construcción Técnica del Abuso de Derecho .....</b>	<b>28</b>
<b>5. Abuso del Derecho de Propiedad .....</b>	<b>31</b>
<b>6. Abuso del Derecho: Principio Constitucional.....</b>	<b>34</b>
<b>7. Una Hipótesis Particular de Abuso de Derecho Constitucional .....</b>	<b>36</b>
<b>8. Abuso del Derecho: ¿Límite Intrínseco o Extrínseco del Derecho?.....</b>	<b>40</b>
 Presentación.....	 49

### PARTE I GENERALIDADES

<b>1. Presentación del Tema.....</b>	<b>61</b>
<b>2. Nociones Preliminares .....</b>	<b>62</b>
A) ¿Qué es el derecho?.....	63
B) ¿Qué es derecho subjetivo?.....	67
a) Presentación del tema.....	67

ÍNDICE

b) Concepto.....	67
c) Relación jurídica: derecho subjetivo y deber .....	71
C) Relatividad del ejercicio de los derechos .....	72
a) Presentación del tema.....	72
b) Límites en el ejercicio de los derechos subjetivos.....	73
D) Finalismo: humanismo y moralización del derecho .....	75
E) Los valores y la dinámica del abuso de derecho .....	78
F) El interés legítimo.....	80
G) Ilícitud .....	83
a) Presentación del tema.....	83
b) De la ilicitud al daño.....	86
c) Ejercicio del derecho y la causa de justificación del daño...	90
<b>3. Antecedentes históricos .....</b>	<b>91</b>
A) Presentación del tema .....	91
B) Teoría de los actos de emulación.....	94
C) Teoría de las inmisiones .....	96
<b>4. Derecho comparado .....</b>	<b>97</b>
A) Europa.....	97
B) América Latina .....	98
C) Otros países .....	100
D) Abuso del derecho en el Derecho Argentino .....	101
<b>5. Terminología .....</b>	<b>105</b>
<b>6. Importancia del Abuso de Derecho .....</b>	<b>106</b>
A) Presentación del tema .....	106
B) "Jurisdiccionalización" sobre la legislación .....	106
C) Significación "socio política" de la vigencia de la teoría del abuso del derecho.....	107
D) Posibilita la moralización y humanización del derecho .....	110
<b>7. Concepto de abuso de derecho .....</b>	<b>110</b>
A) Tesis Negativa .....	111
a) Planteo de Planiol.....	111
b) Respuesta de Josserand y Mazeaud .....	112
c) Otros planteos negativos.....	113
B) Tesis Positivas .....	114
a) Criterios subjetivos .....	115



b) Criterio objetivo, finalista o funcional.....	116
i. <i>Presentación del tema</i> .....	116
ii. <i>Pautas objetivas para identificar el abuso de derecho</i> .....	119
C) Criterio mixto .....	125
D) La buena fe como límite en el ejercicio de los derechos .....	127
E) Conclusiones .....	131
<b>8. Consagración normativa del abuso de derecho</b> .....	133
A) Presentación del tema.....	133
B) Abuso de derecho como fuente autónoma de las obligaciones	134
C) El abuso de derecho como Principio General de Derecho en la Teoría General del Derecho.....	137
D) Fundamento constitucional del abuso de derecho.....	141
E) El abuso del derecho y el orden público.....	142
<b>9. El abuso de derecho en nuestro derecho</b> .....	145
A) Presentación del tema.....	145
B) Doctrina nacional .....	146
C) Jurisprudencia.....	152
<b>10. Naturaleza Jurídica del abuso del derecho</b> .....	153
A) Presentación del tema.....	153
B) Como acto ilícito.....	153
C) Como ubicado en una "zona intermedia" entre lo lícito y lo ilícito.....	154
D) Como acto ilícito "sui generis" o "atípico".....	155
E) Otras opiniones.....	157
F) Nuestra opinión.....	158
<b>11. Actos ilegales, abusivos y excesivos</b> .....	160
<b>12. Presupuestos para constatar el ejercicio abusivo de un derecho</b> .....	163
<b>13. Pautas de ponderación del abuso de derecho</b> .....	165
<b>14. Diferencias con figuras afines</b> .....	166
A) Con el fraude a la ley .....	166
B) Con el abuso de poder .....	167
<b>15. Ámbito de aplicación</b> .....	168
A) Presentación del tema.....	168
B) El abuso de derecho contractual .....	169
C) Abuso de derecho y las libertades .....	170

D) ¿Derechos incausados? .....	172
a) A favor de la existencia de derechos incausados .....	173
b) En contra de los derechos incausados.....	173
<b>16. Consecuencias del ejercicio abusivo del derecho .....</b>	<b>175</b>
A) Presentación del tema .....	175
B) Nulidad, imposibilidad del acto o inexigibilidad.....	175
C) Resarcimiento del daño por abuso .....	176
a) Presentación del tema.....	176
b) Derecho a la serenidad familiar (daño existencial) .....	177
c) El abuso de derecho como factor de atribución.....	178
D) Cese del ejercicio abusivo del derecho .....	178
E) La inoponibilidad .....	183
<b>17. Prueba del abuso de derecho .....</b>	<b>185</b>
<b>18. Nuestra opinión .....</b>	<b>185</b>
<b>19. Marco normativo .....</b>	<b>192</b>
A) Código Civil .....	192
B) Constitución de la República .....	192
<b>20. Seguridad vs. Justicia en el Abuso de Derecho .....</b>	<b>192</b>
<b>21. Propuesta de proyecto de articulado para la regulación del     abuso de derecho a ubicar en un futuro Título Preliminar del     Código Civil .....</b>	<b>195</b>

II

PARTE ESPECIAL

ABUSO DE DERECHO EN LA INTERDISCIPLINA

SECCIÓN I

DERECHO CIVIL

<b>1. Ejercicio abusivo del derecho de propiedad .....</b>	<b>199</b>
A) Presentación del tema .....	199
B) Función social de la propiedad .....	202
C) Límites y limitaciones del derecho de propiedad .....	205
D) De lo abusivo a lo excesivo .....	206
E) Las perturbaciones (inmisiones) de vecindario .....	208
a) Presentación del tema.....	208
b) Inmisiones .....	209



ÍNDICE

i. <i>Presentación del tema</i> .....	209
ii. <i>Derecho comparado</i> .....	210
c) Valoración de la "tolerancia exigible" .....	211
d) Caracteres del daño. "La molestia como daño" .....	215
e) Legitimados .....	216
f) Régimen jurídico vigente .....	217
g) Jurisprudencia .....	219
F) Ejercicio abusivo del derecho ambiental.....	220
a) Presentación del tema.....	220
b) Desarrollo sustentable .....	220
G) Jurisprudencia .....	224
H) Ejercicio abusivo del derecho de copropiedad .....	225
a) Presentación del tema.....	225
b) La propiedad horizontal y el abuso de derecho .....	226
I) Ejercicio del derecho de propiedad en interés general .....	227
J) Abuso de derecho de la propiedad por omisión .....	228
K) Abuso de derecho y usufructo .....	228
<b>2. Ejercicio abusivo del derecho a contratar</b> .....	<b>229</b>
A) Presentación del tema .....	229
a) Abuso de derecho en el período precontractual.....	229
b) Abuso en la ejecución del contrato .....	230
c) Abuso en la disolución o extinción contractual .....	231
B) La cláusula abusiva .....	231
a) Presentación del tema.....	231
b) Terminología .....	232
c) Concepto.....	233
d) Cláusulas abusivas e ilicitud .....	236
e) Derecho positivo .....	237
C) Modalidades de abusividad: formal y sustancial.....	238
a) Presentación del tema.....	238
i. <i>Según que el contrato se haya o no formalizado por escrito ..</i>	<i>238</i>
ii. <i>Existiendo el contrato escrito es posible ponderar posibles abusos en los aspectos formales o sustanciales: sea por su falta de claridad o transparencia (abusividad formal), o bien o por su contenido (abusividad sustancial) .....</i>	<i>239</i>
iii. <i>La abusividad y la forma de contratación por adhesión.....</i>	<i>239</i>
b) Abusividad formal: la transparencia o la claridad se han vuelto un requisito de forma para los contratos.....	241



I.	Presentación del tema .....	241
II.	Principio de la transparencia .....	241
i.	<i>Presentación del tema</i> .....	241
ii.	<i>Valoración de la falta de transparencia</i> .....	242
III.	Comentarios del Art. 30 de la ley 17.250. y consecuencias de la abusividad formal.....	243
c)	Abusividad sustancial .....	245
I.	Presentación del tema .....	245
II.	Criterios de determinación de la abusividad sustancial: existencia de claros, significativos e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor .....	246
i.	<i>Presentación del tema</i> .....	246
ii.	<i>Requisitos</i> .....	247
iii.	<i>Apreciación del desequilibrio</i> .....	248
iv.	<i>Naturaleza del desequilibrio</i> .....	250
v.	<i>Caracteres del desequilibrio</i> .....	251
vi.	<i>Falta de Justificación</i> .....	251
vii.	<i>Claridad del desequilibrio</i> .....	252
i.	Generalidades .....	252
ii.	Ponderación de la claridad.....	252
III.	Transgresión de la obligación de actuar de Buena Fe ..	255
i.	<i>Concepto</i> .....	255
ii.	<i>¿Autonomía de estas exigencias?</i> .....	258
iii.	<i>Función</i> .....	259
iv.	<i>Principio general del derecho</i> .....	260
v.	<i>La buena fe, la moral y el orden público</i> .....	261
IV.	Se consideran abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones contractuales .....	261
i.	<i>Presentación del tema</i> .....	261
ii.	<i>Inoperatividad del derecho dispositivo</i> .....	263
V.	La razonabilidad (circunstancias concurrentes) como parámetro de valoración.....	264
VI.	Cláusulas abusivas a la luz de un «nuevo orden público económico» .....	265
D)	Cláusulas abusivas con un “adherente empresario” .....	267
a)	Presentación del tema.....	267

ÍNDICE

b)	Deber de transparencia y de lealtad y colaboración .....	269
c)	La imposición por encima de la autodeterminación.....	269
d)	Las cláusulas abusivas cuando no hay una relación de consumo.....	270
e)	Consecuencias.....	273
f)	Efecto respecto de terceros.....	274
g)	Cláusulas abusivas en contratos no escritos.....	274
E)	Ámbito de aplicación: ¿no hay abusividad en el precio? .....	274
a)	Presentación del tema.....	274
b)	Presupuesto de excepción la transparencia.....	275
c)	Derecho positivo .....	276
d)	Precio "injusto" .....	279
e)	Consecuencias de la declaración de abusividad.....	280
F)	Clasificación de las cláusulas abusivas .....	280
a)	Cláusula abusiva y usuraria .....	281
b)	Cláusulas sorprendivas y engañosas.....	281
	I. Cláusulas sorprendivas son aquéllas que aparecen excepcionalmente en los contratos, no siendo frecuente su utilización .....	281
	II. Cláusulas engañosas: sea por el tamaño, las expresiones, las remisiones... se le hace creer al consumidor en una realidad contractual que no es tal .....	284
G)	Consecuencias de las cláusulas abusivas.....	285
a)	Presentación del tema.....	285
b)	Nulidad virtual.....	286
c)	Naturaleza jurídica. (Nulidad Parcial).....	287
d)	La conservación del contrato y la comunicabilidad de las nulidades .....	291
e)	Otras nulidades parciales.....	292
f)	Fundamento .....	292
g)	Relevancia de oficio .....	292
h)	Prescripción.....	293
i)	Daños y perjuicios.....	293
j)	La reducción supletoria conservadora de la validez del contrato .....	293
	I. Presentación del tema .....	293
	II. La buena fe en función supletoria o de reducción.....	294

III. Facultades del juez en la función supletoria o de reducción.....	295
IV. La reducción en el Código Civil.....	296
V. Análisis del Art. 31 literal H de la ley 17.250.....	299
H) Cláusulas abusivas en particular.....	300
a) Presentación del tema.....	300
b) Enunciado (Art. 31 ley 17.250).....	301
c) Cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad civil (Art. 31 A).....	302
i. <i>Texto</i> .....	302
ii. <i>Presentación del tema</i> .....	302
iii. <i>Definición</i> .....	304
iv. <i>Justificación de estas cláusulas</i> .....	305
v. <i>Ventajas y desventajas en la utilización de estas cláusulas</i> ...	306
vi. <i>Polémica acerca de la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad</i> .....	308
i. <i>Tesis Negativa</i> .....	308
ii. <i>Tesis positiva</i> .....	309
vii. <i>Alcance de estas cláusulas</i> .....	313
viii. <i>Comentarios al art. 31 Lit. A</i> .....	314
ix. <i>Limitaciones en particular</i> .....	315
I. Límites a la validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.....	315
II. Limitación de responsabilidad cuando existe «dolo» ...	316
III. Limitación de responsabilidad cuando existe culpa .....	317
IV. Limitación de la responsabilidad cuando no existe buena fe.....	318
x. <i>Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad extracontractual</i> .....	319
xi. <i>Jurisprudencia</i> .....	319
d) Comentario del Literal "B".....	321
i. <i>Texto</i> .....	321
ii. <i>Comentarios</i> .....	321
iii. <i>Limitaciones</i> .....	322
e) Comentario del Literal "C".....	323
i. <i>Texto</i> .....	323



ÍNDICE

ii. Comentarios.....	323
iii. Limitaciones.....	324
f) Comentario del Literal "D" .....	325
i. Texto.....	325
ii. Comentario .....	325
iii. Limitaciones.....	327
g) Comentario del Literal "E" .....	328
i. Texto.....	328
ii. Comentario .....	328
h) Comentario del Literal "F" .....	330
i. Texto.....	330
ii. Comentarios .....	330
i) Comentario del Literal "G" .....	330
i. Texto.....	330
ii. Comentarios.....	331
j) Comentario del Literal "H" .....	331
i. Texto.....	331
ii. Comentario .....	331
k) Efecto de las cláusulas abusivas.....	332
i. Presentación del tema .....	332
ii. Nulidad parcial .....	332
iii. Reducción de lo nulo.....	334
l) Otras cláusulas abusivas. ....	334
i. Cláusula de aceptación de riesgo o aumento de responsabilidades .....	334
ii. Cláusula de cambio de jurisdicción (cláusula compromiso- ria) .....	336
i. Presentación del tema .....	336
ii. Derecho positivo.....	337
iii. Cláusulas que abrevian el plazo de prescripción .....	338
m) Conclusiones .....	342
n) Jurisprudencia .....	349
<b>3. Abuso en el derecho de retracto precontractual .....</b>	<b>351</b>
A) Generalidades .....	351
B) Concepto .....	352
C) Derecho de retracto.....	353

D)	Derecho comparado.....	354
E)	Fundamentos de la responsabilidad precontractual.....	355
F)	Manifestaciones de la buena fe en la faz precontractual .....	357
G)	Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual .....	358
	a) Tesis contractualista .....	358
	b) Tesis extracontractualista .....	360
	c) Tesis del abuso de derecho .....	361
	d) Nuestra opinión.....	362
H)	Requisitos para que opere la responsabilidad precontractual .	365
I)	Del consentimiento a la apariencia .....	366
J)	Medida del resarcimiento .....	368
K)	Jurisprudencia.....	369
	<b>4. Ejercicio abusivo del poder de representación.....</b>	<b>372</b>
A)	Presentación del tema.....	372
B)	Negocio de apoderamiento.....	372
C)	Concepto de poder de representación.....	374
D)	Fuentes de creación de los poderes de representación.....	375
E)	Caracteres del poder .....	375
F)	Requisitos .....	377
G)	Clasificación .....	379
H)	Contenido del poder de representación.....	380
I)	Ejercicio del poder de representación .....	381
	a) Ejercicio de la representación «sin» poder: «falsus procura- tor».....	381
	b) Ejercicio abusivo del poder de representación. Conflicto de intereses (actuación en interés del representado).....	387
J)	Jurisprudencia.....	392
K)	Abuso de derecho de revocar el mandato .....	393
	<b>5. Ejercicio abusivo del derecho de receso.....</b>	<b>394</b>
A)	Presentación del tema .....	394
B)	Doctrina nacional .....	395
C)	El derecho de receso debe ejercerse de buena fe. ....	399
D)	El preaviso como medio para mitigar el daño .....	400
E)	Reciprocidad en la prerrogativa rescisoria .....	402
F)	Ejercicio del derecho de receso (renuncia) del socio .....	402
G)	Jurisprudencia.....	403



<b>6. Ejercicio abusivo del derecho de expresión del pensamiento (libertad de prensa)</b> .....	409
A) Derecho a la libre comunicación .....	409
B) Normativa supranacional.....	409
C) Derecho-deber de información.....	411
D) El consumidor de la información periodística y la “industria del escándalo” .....	412
E) Alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa e información .....	416
F) Conflicto entre derechos constitucionales: límites al derecho de información.....	419
a) Límites internos. Derecho a la información veraz.....	421
b) Límites externos. Respeto de los derechos personalísimos .....	426
G) Coexistencia del derecho de informar y los derechos personalísimos (intimidad, honor, imagen) .....	427
a) Presentación del tema.....	427
b) Coexistencia del derecho-deber de informar y el derecho a la intimidad .....	428
c) Coexistencia entre el derecho-deber de informar y el derecho al honor.....	432
d) Coexistencia entre el derecho-deber de informar y el derecho a la imagen .....	435
H) Responsabilidad por difusión de información inexacta, errónea o abusiva .....	436
a) Presentación del tema.....	436
b) Factor de atribución .....	437
I) Ejercicio abusivo del derecho a la información.....	440
a) Presentación del tema.....	440
b) Doctrina .....	441
J) Daños por lesiones a los derechos personalísimos.....	442
K) Derecho de réplica.....	442
L) Jurisprudencia.....	443
M) Conclusiones.....	450
<b>7. Ejercicio abusivo de derechos en las relaciones de familia ...</b>	452
A) Abuso de derecho en la relación paterno filial.....	453
a) Presentación del tema.....	453
b) Abusos en el ejercicio de la patria potestad .....	454

c)	Tutela del «interés superior del niño o del adolescente» ....	459
d)	Enunciado de daños resarcibles causados al menor .....	462
	I. Daños causados por la lesión al derecho-deber a la integridad psicofísica del menor (maltrato) .....	462
	II. Daño por abandono al menor .....	463
	i. <i>Presentación</i> .....	463
	ii. <i>Formas de abandono</i> .....	465
	iii. <i>Factores de Atribución</i> .....	468
	iv. <i>Consecuencias del abandono</i> .....	469
	III. Daño causado por violencia psicofísica .....	470
	IV. Daño por abuso sexual.....	473
B)	Abuso de derecho en la relación conyugal.....	474
	a) Presentación del tema .....	474
	b) Daños causados por la lesión al derecho a la integridad psicofísica y libertad.....	477
	I. Violencia doméstica.....	477
	II. Abandono moral y material .....	482
8.	<b>¿Abuso por omisión?</b> .....	484
A)	Presentación del tema .....	484
B)	Determinación de la obligación de hacer omitida. ¿Puede haber omisión aun cuando la ley expresamente no imponga el deber de actuar? Deber de solidaridad .....	485
	a) Presentación del tema.....	485
	b) Discusión doctrinaria.....	485
	i. <i>Enfoque estricto</i> .....	485
	ii. <i>Enfoque amplio</i> .....	486
C)	“Ejercicio abusivo” de la libertad de no hacer .....	488

**SECCIÓN II  
DERECHO COMERCIAL**

9.	<b>Ejercicio abusivo del derecho al uso de una persona jurídica</b> .....	490
A)	Presentación del tema .....	490
B)	Origen .....	492
C)	Importancia del tema .....	494
D)	El concepto de persona jurídica .....	496
	a) Presentación del tema.....	496

ÍNDICE

i. Tesis negativa.....	496
ii. Teoría de la ficción .....	497
iii. Teoría de la personalidad real .....	497
iv. Teoría de la entelequia jurídica .....	498
b) Crisis de la persona jurídica .....	501
c) Funciones de la persona jurídica .....	503
d) Caracteres de la persona jurídica.....	504
e) Derecho positivo .....	505
f) Privilegio de la limitación de la responsabilidad .....	507
E) Abuso de la Personería Jurídica .....	509
a) Presentación del tema.....	509
b) Fundamento jurídico para la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica.....	513
I. Teoría de la equidad .....	513
II. Fundamento en el abuso del derecho y la buena fe.....	514
III. Teoría del negocio jurídico indirecto .....	516
IV. Teoría del negocio fraudulento.....	516
c) Modalidades .....	518
d) Doctrina nacional .....	519
i. Antes de la ley 16.060.....	519
ii. Después de la ley 16.060.....	521
e) Determinación del abuso de las personas jurídicas en la ley 16.060.....	523
I. Presentación del tema .....	523
II. Teoría general de la inoponibilidad de la personería ju- rídica .....	525
i) Precisiones previas .....	525
ii. Personería jurídica.....	526
iii. Comercialidad formal .....	526
f) Principio de limitación de la responsabilidad .....	527
g) La inoponibilidad de la personería jurídica es un institu- to excepcional que para su admisión requiere del cumpli- miento de todos los requisitos legales exigidos por el art. 189 de la Ley 16.060.....	527
h) Crítica a la tesis de la Suprema Corte de Justicia .....	528
i) Importancia de la calificación de la causa fin para el que fue reconocida la persona jurídica .....	532

j)	Fundamentos para la determinación del abuso .....	534
I.	Presentación del tema .....	534
II.	Causales determinantes del abuso en el art. 189 de la Ley 16.060.....	535
k)	¿Alcanza con la culpa o se requiere dolo? .....	543
l)	Carácter restrictivo o excepcional.....	544
I.	Presentación del tema .....	544
II.	Jurisprudencia .....	545
m)	Prueba fehaciente .....	547
I.	Presentación del tema .....	547
II.	Jurisprudencia .....	548
III.	Carga probatoria dinámica.....	549
n)	Legitimación pasiva .....	550
ñ)	Consecuencias.....	552
o)	Otros aspectos procesales .....	557
p)	Teoría del “conjunto económico” y el abuso de la personalidad jurídica .....	557
q)	Sociedades controladas y el abuso de la persona jurídica ..	558
F)	Estudio de diversos casos, en particular, de abuso de la persona jurídica .....	561
a)	Abuso de la persona jurídica en fraude a los acreedores ....	561
I.	Presentación del tema .....	561
II.	Jurisprudencia .....	562
b)	Evasión de bienes de la sociedad conyugal a una sociedad anónima .....	563
c)	Abuso de la persona jurídica para evadir obligaciones alimentarias o el régimen de ganancialidad de la sociedad conyugal .....	566
d)	Abuso de la personería jurídica para evadir el régimen de legítimas en el régimen sucesorio.....	566
e)	El abuso de la personería jurídica y los contratos de arrendamiento.....	567
f)	Abuso de la persona jurídica en sociedades creadas con fines edilicios .....	568
g)	El abuso de la persona jurídica en el derecho laboral.....	569
h)	Abuso de la persona jurídica en materia fiscal .....	572
i)	Abuso de la persona jurídica en el derecho administrativo	573
G)	Conclusiones .....	575

H) Proyecto ley para ajustar el alcance del art. 189 de la ley 16.060.....	577
I) Jurisprudencia.....	577
<b>10. Ejercicio abusivo de la posición dominante .....</b>	<b>579</b>
A) Concepto de libre competencia (real y leal) .....	579
B) Ejercicio abusivo de la posición dominante en el mercado.....	582
C) Formas de abuso de la posición dominante .....	586
a) Presentación del tema.....	586
b) Abuso de la posición dominante por no contratar.....	589
c) Abuso de la posición dominante y abuso de la dependencia económica contractual. ....	590
d) Abuso del poder de contratar.....	592
D) La Ley 18.159 y los desequilibrios en los precios contractuales (Art. 4 literal a).....	593
E) Jurisprudencia.....	596
<b>11. Ejercicio abusivo del derecho de hacer publicidad .....</b>	<b>597</b>
A) Concepto.....	597
B) Abuso de la confianza y el daño .....	599
C) Tutela de la confianza en la ley de relaciones de consumo .....	601
D) Diferencia entre publicidad y propaganda.....	603
E) Clasificación .....	603
F) Principios generales .....	604
G) Caracteres .....	605
H) Derecho positivo.....	606
I) ¿Publicidad abusiva? .....	609
a) Presentación del tema.....	609
b) Clasificación .....	612
c) Requisitos .....	613
d) Sanciones .....	613
<b>12. Ejercicio abusivo del derecho y la competencia desleal .....</b>	<b>614</b>
A) Presentación del tema .....	614
B) Orden jurídico.....	616
C) Concepto de competencia desleal .....	618
D) Pautas para la determinación de la competencia desleal .....	621
E) Formas de competencia desleal.....	622
F) Jurisprudencia.....	622

<b>13. Ejercicio abusivo del derecho de mayorías y minorías en las sociedades comerciales.....</b>	626
A) Presentación del tema.....	626
B) Interés social.....	626
C) Derecho de voto.....	628
D) Ejercicio abusivo del derecho de voto.....	629
E) Abuso de las mayorías.....	630
a) Presentación del tema.....	630
b) Abuso de derecho por parte de las mayorías en la retención de dividendos.....	632
F) Abuso de las minorías.....	634
<b>14. El abuso de derecho por parte de los administradores de las sociedades anónimas.....</b>	635
A) Presentación del tema.....	635
B) Deberes del administrador.....	636
C) Abusos y responsabilidad en el ejercicio de su función.....	639

**SECCIÓN III  
DERECHO PROCESAL**

<b>15. Abuso de las vías procesales.....</b>	644
A) Presentación del tema.....	644
B) Concepto.....	644
C) Principio de la buena fe. Moralidad en el proceso.....	645
D) Naturaleza jurídica de la conducta a asumir en el proceso.....	648
E) Modalidades del abuso del proceso.....	649
F) Aumento de las facultades del juez en el contralor del proceso.....	650
G) Temeridad y malicia.....	651
H) Consecuencias de la conducta abusiva en el proceso.....	651
I) Doctrina Nacional.....	652
J) Jurisprudencia.....	659

**SECCIÓN IV  
DERECHO LABORAL**

<b>16. Ejercicio abusivo del derecho a despido.....</b>	669
A) Presentación del tema.....	669
B) Daño e indemnización tarifada del despido.....	669



ÍNDICE

C) Despido abusivo en la doctrina.....	670
D) Despido abusivo y daño moral .....	672
E) El despido sin causa ¿es un despido abusivo?.....	673
F) Acumulación de la indemnización por despido común, en especial o ficto a la indemnización derivada del despido abusivo .....	674
G) Conclusiones .....	674
H) Jurisprudencia.....	675
<b>17. Ejercicio abusivo del derecho de huelga.....</b>	<b>679</b>
A) Presentación del tema.....	679
B) Concepto de huelga.....	679
C) Régimen jurídico de la huelga.....	681
D) Licitud e ilicitud de la huelga .....	682
E) Daños causados por la huelga.....	684
F) El derecho de propiedad, la huelga y las ocupaciones .....	686
G) Responsabilidad del sindicato por huelgas ilícitas .....	689
H) Legitimación activa .....	690
I) Jurisprudencia.....	690
J) Conclusiones .....	694

SECCIÓN V

DERECHO ADMINISTRATIVO

<b>18. Ejercicio abusivo del derecho en el Derecho Administrativo</b>	<b>695</b>
A) Presentación del tema.....	695
B) La discrecionalidad .....	695
a) Presentación del tema.....	695
b) Conceptos jurídicos indeterminados (el interés general)....	697
c) Principios generales del Derecho Administrativo.....	701
I. Presentación del tema .....	701
II. Principio de la legalidad .....	703
III. El abuso de derecho como principio general del derecho en el derecho administrativo .....	706
d) Límites de la discrecionalidad.....	707
C) Abuso de derecho y la desviación del poder .....	710
a) Presentación del tema.....	710
b) Concepto.....	711
c) Doctrina Nacional .....	712

ÍNDICE

d) Derecho positivo .....	713
e) Pautas para identificar el abuso o desviación del poder .....	715
f) Prueba de la desviación o abuso de poder .....	717
g) Formas de desviación de poder .....	718
h) Jurisprudencia .....	718

<b>PARTE III</b>	
<b>CONCLUSIONES</b> .....	721

BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA .....	737
-----------------------------	-----



## PRÓLOGO DEL DR. PROF. CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

El prestigioso jurista y tratadista uruguayo, Gustavo Ordoqui Castilla, enriquece la bibliografía jurídica con su valioso libro sobre el *Abuso del Derecho*, cuya segunda edición se publica en nuestra ciudad de Lima.

Se trata de una obra que abarca diversas áreas del Derecho desde que, aparte del análisis conceptual de un tema tan complejo como el que es materia de su libro, estudia su accionar en diversos específicos campos de nuestra disciplina como son el civil, el comercial, el laboral y el administrativo. Ello hace que su aporte sea muy completo en cuanto al asunto al que brillantemente se refiere la obra que gratamente prologo.

Conozco a Gustavo Ordoqui desde hace aproximadamente cuarenta años, durante los cuales nos hemos encontrado y hemos compartido tareas en diversas reuniones internacionales dedicadas al análisis del Derecho Civil. Hemos mantenido un permanente contacto ya sea personal o a través de la lectura de nuestras recíprocos aportes a la disciplina jurídica. Por ello, soy testigo de su calidad humana y de su sapiencia científica.

Nuestro autor es un destacado, infatigable y enjundioso investigador que ha hurgado en profundidad en diversas áreas del Derecho, por lo que su producción es variada, numerosa y de notable nivel científico. Bastaría con citar algunas de ellas para comprender su significativa producción jurídica como es el caso, entre otros, de sus cinco tomos sobre el "Derecho de daños", sus cuatro tomos sobre el "Derecho de Tránsito", sus veinte tomos sobre "Derecho de los contratos", actualmente en prensa. Tiene escritos más de cien artículos, entre los que cabe citar, por ejemplo, la "Buena fe contractual" o "La responsabilidad civil en el Derecho de Familia".

Como lo señala el autor, en expresión que compartimos, resulta verdaderamente apasionante el estudio del abuso del derecho tanto por la diversidad y los contradictorios enfoques doctrinarios que



conlleva su propio concepto y sus alcances, como por la discusión en torno a su propia existencia como institución jurídica, negada por algunos autores y fervientemente sostenida por otros, así como también sobre los diversos criterios para justificar su aserto.

En el debate, que a través del tiempo surge en torno al abuso del derecho, se incluyen otras varias cuestiones que son demostrativas de los problemas que se presentan al asumir una seria investigación sobre el tema. Entre otros, es el caso de su ubicación dentro del espectro jurídico, sobre su autonomía como institución jurídica o el referente a la tipicidad de su ilicitud.

Lo expuesto denota la importancia del tema del abuso del derecho así como el desentrañar su problemática complejidad, lo que confirma lo atrayente, delicado y apasionante que se presenta el adentrarse en su tratamiento jurídico. Es, por ello, una tarea reservada a aquellos estudiosos que dominan la Teoría General del Derecho, como es caso de Gustavo Ordoqui. Si a lo expuesto agregamos que, además, es un experto maestro en cuanto al conocimiento de la materia concerniente al Derecho Civil, estamos en condiciones de sostener que ello constituye una nota que asegura la excelencia y bondad de su documentado libro.

La solidez de la obra se advierte cuando el autor, para el estudio del ejercicio abusivo del derecho asume como tarea previa y necesaria el referirse y tratar, en la Primera Parte de la obra, lo atinente a las nociones básicas para la comprensión y alcances del tema del libro. En este sentido, encontramos la presentación de cuestiones tales como el concepto de derecho, lo que es el derecho subjetivo, la relatividad de los derechos, la noción de la buena fe que, según sus propias palabras, "permite acceder a valores y a los fines, como pautas delimitativas de la conducta debida concluyendo en el concepto mismo de ilicitud".

Encontramos en esta primera parte de la obra el enunciado de los antecedentes históricos del derecho comparado relativos al abuso del derecho; el planteamiento de la significación socio política de la institución bajo estudio; su concepto y naturaleza jurídica; su consagración normativa; sus presupuestos; el ámbito de su aplicación; su diferencia con institutos afines; sus consecuencias y la exposición de la opinión del autor sobre estos temas, así como culmina con la propuesta de un proyecto de ley para la reforma del pertinente articulado del Código Civil de su país.



La Segunda Parte está dedicada al análisis interdisciplinario del accionar del abuso del derecho tanto en el área del Derecho Civil como en la del Derecho Comercial, del Derecho Procesal, del Derecho Laboral y del Derecho Administrativo. Esta parte del libro es de especial interés pues, además de ser escasamente tratada en el derecho comparado, permite apreciar la acción del abuso del derecho en diversas instituciones de cada uno de las mencionadas disciplinas jurídicas.

La Tercera Parte contiene una extensa y selecta bibliografía, la cual, en parte, sustenta la documentada y valiosa obra bajo comentario. A ella sucede una relación de la nutrida producción jurídica del autor.

No es posible agotar, en este necesariamente breve prólogo, la visión, los aportes y conclusiones a las que llega Ordoqui sobre el ejercicio abusivo del derecho. Ellos serán descubiertos en su integridad por el lector que se asome a las páginas del presente libro. No obstante, nos referiremos a algunas de las líneas maestras de la obra.

Ordoqui considera que el abuso del derecho se presenta como un principio general del derecho, ya que, en cuanto tal, es una expresión de los valores que forman parte integrante del orden jurídico, así como estima que el abuso del derecho representa lo antisocial, lo anormal, lo irregular, lo que atenta contra la solidaridad, contra la moral y el principio de la buena fe.

Además de lo expuesto se destaca que el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio de un interés de terceros puede producirse, según el autor, en el campo de cualquiera de las ramas que constituyen el actual frondoso árbol de la ciencia jurídica. Ello, por ende, puede ocurrir en el campo del Derecho Civil, del Comercial, del Laboral o del Administrativo. Sin embargo, el abuso del derecho no se ubica en alguna de tales ramas sino que, como sostiene el autor, es parte de la Teoría General del Derecho.

El autor deja establecido que ejercicio del derecho y licitud no son conceptos concurrentes. De ahí que el ejercicio abusivo del derecho es un acto ilícito, así como señala que quien posee un derecho y lo ejerce con el propósito o ánimo de dañar un interés de terceros, sin que exista una justificación o un motivo legítimo para ello, incurre en un acto abusivo carente de licitud. Es, por consiguiente, una acción ilícita desde que no responde a un interés serio sino a una decisión de dañar.

Muchas y diversas, además de las esquemáticamente anteriormente expuestas, son las cuestiones que se estudian con enjundia, minuciosidad y pulcritud en el presente libro el que nos ofrece, por ello, un panorama muy completo del complejo y problemático asunto del abuso del derecho. De ahí que su lectura satisface plenamente las expectativas y exigencias de quienes buscan obtener los conocimientos y la información que se pueden esperar de un libro que, prácticamente, agota la materia.

Estamos seguros que, por los méritos del libro y el prestigio de su autor, esta segunda edición del libro, que con satisfacción prologamos, obtendrá una positiva acogida de parte de los juristas, jueces, abogados y estudiantes que se interesen por conocer y profundizar en el estudio del abuso del derecho. Su lectura colmará sus expectativas y les permitirá obtener una plena y adecuada información sobre un apasionante y discutido asunto jurídico.

*Profesor Carlos Fernández Sessarego*



## PRÓLOGO DEL DR. PROF. ATILIO ANIBAL ALTERINI

1. La noción de abuso del derecho es tan fundamental en el sistema como problemática.

Se ha sostenido críticamente que la fórmula abuso del derecho sería intrínsecamente contradictoria<sup>1</sup>, una verdadera *logomaquia*<sup>2</sup>; y que, como el deber de solidaridad es parte estructural del concepto de derecho subjetivo, su ejercicio abusivo está fuera del contenido del derecho, o sea, donde comienza el abuso el derecho termina<sup>3</sup>.

La cuestión concierne en realidad a la relatividad de los derechos subjetivos<sup>4</sup>, se trata del *ejercicio abusivo del derecho*, que lo exorbita mediante una trasgresión solapada bajo la máscara de ejercitarlo. En suma, del imperativo de *ejercicio regular de los derechos* (art. 1071 del Cód. Civil argentino, según ley 17.711 de 1968).

Desde un perfil ideológico se ha argüido que la teoría del abuso del derecho, a la vez, posterga la evolución de las instituciones y compromete la seguridad jurídica. "Mantiene incólumes las instituciones, no sólo porque así se desprende de su planteo, sino porque no se conoce históricamente que estas últimas muden como una giralda, si no han mediado las necesarias transformaciones esenciales", y "deja en suma toda la suerte de la evolución jurídica en manos del juez, de un principio general o de una «supra-legalidad»; ninguno de los autores que la propician dice una sola palabra sobre la reforma de las leyes o de las instituciones"<sup>5</sup>. Esa crítica pasa por alto, cuanto menos, que, si bien "a menudo es posible hacer decir a los textos otra

- 1 Rotondi, M., "L'abuso di diritto", en *Rivista di Diritto Civile*, año 1923, pág. 104; De Cupis, A., *Il danno*, vol. I, Milano, 1966, pág. 32.
- 2 Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 6ª ed., París, 1912, tº 2, nº 871, pág. 280.
- 3 Santoro Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1966, pág. 76.
- 4 Allende, G. L., "Relatividad de los derechos y abuso del derecho", en *La Ley* tº 83, pág. 923.
- 5 Laquis, M. A., "El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en *Examen y crítica de la reforma. Parte general*, La Plata, 1971, tº. 1, pág. 385.

cosa que lo que dicen, [pero] rara vez lo contrario”, sólo “un texto nuevo siempre puede invertir el estado anterior del Derecho”<sup>6</sup>. Por lo cual, si bien el cambio efectivo del sistema requiere de leyes, esto es de reglas que ordenan “hacer exactamente lo que ellas exigen”<sup>7</sup>, entretanto se las dicta son utilizables los principios, que están dentro del Derecho “como el alcohol está dentro del vino”<sup>8</sup> y proveen “un estándar que debe ser observado” como “exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>9</sup>.

2. En la actualidad se admite generalizadamente que el ejercicio abusivo de los derechos es intolerable, y que da lugar a la paralización de los efectos del acto desviado, a la improponibilidad de una pretensión abusiva y, en su caso, a una indemnización. A veces se consagran soluciones propias de la teoría, sin designarla como tal. A veces se caracteriza el ejercicio abusivo, sea exigiendo la intención de dañar, sea considerando suficiente el ejercicio culposo del derecho; o ponderando el ejercicio del derecho sin interés para su titular; o proponiendo un criterio funcional, a veces con matices atinentes a la buena fe; o atendiendo al ejercicio regular del derecho; o adoptando criterios mixtos; o, en fin, consagrando disposiciones particulares de las cuales resulta su viabilidad<sup>10</sup>.

Porque “Todos están de acuerdo en que la vida en sociedad impone, para el ejercicio que de sus derechos hagan los particulares, la represión del egoísmo, de la mala fe, de la desidia y hasta de meras inadvertencias que podrían ser triviales si no fueran la causa de daños sufridos por terceros. Tampoco hay desacuerdo, en tesis general, en que el Derecho positivo, ya sea porque no haya previsto el punto o porque, habiéndolo hecho, haya rehusado, explícitamente la represión, debe acogerla, de modo expreso, mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto intersubjetivo de intereses, entre el causante y la víctima”<sup>11</sup>.

6 Flour, J. - Aubert, J. L., *Les obligations. L'acte juridique*, Paris, 1986, nº 118.

7 Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. M. Seña, Barcelona, 1994,

8 Carnelutti, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. N. Alcalá Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo, tº 1, Buenos Aires, 1944, pág. 132.

9 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, 1984, pág. 72.

10 Alterini, A. A. - Ameal, O. J. - López Cabana, R. M., *Derecho de Obligaciones*, 3ª ed., Buenos Aires, 2008, nº 1756, pág. 737.

11 León, P. “Abuso del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tº 1, Buenos Aires, 1954, pág. 124.



En la órbita de Law and Economics se considera también que la conducta abusiva no satisface el criterio de eficiencia paretiana, en cuanto empeora la situación de otro sin mejorar la propia<sup>12</sup>.

3. La teoría del abuso del derecho en sus distintas versiones y en el marco de la regla de buena fe fue siendo recogida en los Códigos Civiles modernos: Código Civil japonés de 1898 (art. 1º); Código alemán de 1900 (§ 226); Código suizo de 1907 (art. 2); Código austríaco según reforma de 1917 (art. 1295); Código tailandés de 1925 (secs. 5 y 421); Proyecto franco-italiano de 1927 (art. 74); Código del Distrito Federal mexicano de 1928 (art. 1912); Código chino de 1929 (art. 148); Códigos polacos de 1934 (art. 135) y de 1964 (art. 5º); Código italiano de 1942 (art. 833); Códigos venezolanos de 1942 y 1982 (art. 1185); Código griego de 1946 (art. 281); Código egipcio de 1949 (art. 5º); Código sirio de 1949 (art. 6º); Código Civil y Comercial libanés de 1954 (art. 124); Código libio de 1954 (art. 5º); Código tunecino de 1956 (art. 103); Código húngaro de 1959 (art. 5º); Código ruso de 1964 (art. 5º); Código checoslovaco de 1964 (art. VI); Código portugués de 1967 (art. 334); Código español, según reforma de 1974 (art. 7º, Título Preliminar); Código guatemalteco de 1975 (art. 465); Código alemán oriental de 1976 (art. 15); Código boliviano de 1976 (art. 107); Fundamentos de la legislación civil soviética de 1981 (art. 5º); Principios generales de Derecho Civil de la República Popular China de 1987 (art. 7º); Código peruano de 1984 (art. II, Tít. preliminar.); Código paraguayo de 1987 (art. 372); Código cubano de 1988 (art. 4º); Código holandés de 1992 (art. 8º, Tít. Prelim.); Código brasileño de 2002 (art. 188).

En Argentina el Anteproyecto de Biliboni la rechazó expresamente: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero" (art. 411). El Proyecto de 1936 después de muchas vacilaciones suprimió el artículo 411 de Biliboni y el artículo 1071 del Código Civil, sin resolver la cuestión. El Anteproyecto de 1954, en cambio, consagró la teoría en su artículo 235, caracterizando como "abusivo el ejercicio de un derecho, cuando contraría las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento". La noción de ejercicio abusivo del derecho apareció asimismo en el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 1071), el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 (id. art.), el Proyecto del

12 Monateri, P. G., "Diritto soggettivo" en Alpa, G. - Graziadei, M. - Guarneri, A. - Mattei, U. - Monateri, P. G. - Sacco, R., *Il diritto soggettivo*, en Sacco, R., *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2001, pág. 420; Pino, G., "Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto", en *Rivista critica del Diritto Privato*, nº 1/2004, pág. 45

Poder Ejecutivo Nacional de 1993 (art. 583) y el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 396<sup>13</sup>).

4. La teoría llegó también a los cuerpos constitucionales. En 1949 la Constitución argentina estableció: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes" (art. 35)<sup>14</sup>.

En tiempos más recientes fue incorporada a la Constitución Política de Colombia de 1991: "Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (art. 95), y a la Constitución Política de Perú de 1993: "La Constitución no ampara el abuso del derecho" (art. 103). El artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 reiterado en el artículo II-114 de la Constitución Europea del año 2004 dispone: "Prohibición del abuso de derecho: Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta".

Una cuestión vinculada, el abuso de posición dominante en el mercado, aparece en la Constitución de Ecuador de 1998 (art. 335<sup>15</sup>) y en la Constitución de Venezuela de 2007 (art. 113<sup>16</sup>). El Proyecto

13 "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

14 Pedro León (ob. cit., pág. 136) dijo entonces: "Para las situaciones regidas por el Derecho civil existe ya una norma fundamental, que ha calificado de ilícitos los casos de ejercicio abusivo del derecho"

15 El Estado "establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica [...] de abuso de posición de dominio en el mercado"

16 Se declara contrario a los principios fundamentales de la Constitución "el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada".



argentino de Código Civil de 1998 descalifica expresamente al abuso del derecho y extiende la disposición al caso en que “se abusare de una posición dominante” (art. 397).

La teoría del abuso del derecho tiene, pues, plena vitalidad, y es sumamente oportuno analizarla como lo hace este libro, con un método inteligente que abarca los distintos perfiles de observación, con precisión técnica y con desarrollo completo. Se trata de otro logro intelectual del profesor Gustavo Ordoqui, que en este quinquenio ha desarrollado una actividad profusa y de alto nivel como publicista: publicó en 2004 *El fideicomiso*; en 2005, *Acción simulatoria*; en 2006, *Buena fe contractual*; en 2007, *Responsabilidad civil del abogado y el escribano*; en 2008, *Desequilibrio en los contratos (Privados y Públicos)*; y en este año 2009 su *Derecho de tránsito* que –lo dije al presentarlo en marzo pasado en la Universidad Católica de Uruguay– es un espléndido Tratado de la Responsabilidad Civil, a la que desarrolla con detalle, en todas las ramificaciones que resultan del tema troncal.

5. Don José Luis de los Mozos y de los Mozos (Valladolid, 2 de septiembre de 1924 - Valladolid, 30 de mayo de 2008), doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (1956), en ella fue Catedrático y Catedrático Emérito, Director de Departamento de Derecho Civil y Secretario General. Fue Vicerrector de Investigación de la Universidad de Salamanca, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, Profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado de Estrasburgo, Miembro permanente de la Comisión General de Codificación, Académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Vocal Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), Miembro del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia. Recibió también la Medalla de la Universidad de Pisa y la “Gran Medalla Andrés Bello” de la Universidad de Chile.

Entre 1986 y 1989 integró el Senado de España como Senador electo por Valladolid, perteneciendo a la Diputación Permanente del Senado y a las Comisiones de Constitución, de Economía y Hacienda, de Justicia y de Incompatibilidades. Entre 1989 y 1992 fue Magistrado del Tribunal Constitucional, en el que en el período inmediatamente anterior se desempeñó otro ilustre civilista, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Luego fue designado Magistrado Emérito, con las prerrogativas de “Ocupar lugar preferente en los actos solemnes y vistas de carácter jurisdiccional que se celebren en el Tribunal Cons-

titucional” y de “Acceder libremente a la sede del Tribunal y utilizar, en modo acorde con su dignidad, sus instalaciones y servicios”<sup>17</sup>. Por Real Decreto 851/2005 se le concedió la Medalla de la Orden del Mérito Constitucional, “como premio a su actividad al servicio de la Constitución y de los valores y principios en ella establecidos, singularmente como Magistrado del Tribunal Constitucional”.

El 9 de noviembre de 1992 fundó junto con los profesores Alberto Trabucchi (Universidad de Padua), Franz Wieacker (Universidad de Göttingen), André Tunc (Universidad de París), Peter Stein (Universidad de Cambridge), Giuseppe Gandolfi (Universidad de Pavía) y Antonio Brancaccio (Primer Presidente de la Corte de Casación italiana) la prestigiosa Academia de Jusprivatistas Europeos<sup>18</sup>, que tiene sede en la Universidad de Pavía, y en el año 2001 fue indicada por el Parlamento Europeo como asesora científica de la Comisión Europea<sup>19</sup>. El profesor De los Mozos presidió la Academia, cuyo propósito es contribuir “a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del Derecho privado en Europa, en el espíritu de las convenciones comunitarias” y “promover el desarrollo de la cultura jurídica”, y elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, cuya primera parte (Contratos en general) fue dada a conocer en 1997 y publicada en 2001<sup>20</sup>.

El Anteproyecto fue un importante centro de interés para el profesor de los Mozos, que lo analizó en varias publicaciones y conferencias. Con ese marco, en el año 2003 bajo la dirección de los profesores Carlos Vattier Fuenzalida, José María de la Cuesta Sáenz y José María Caballero Lozano se publicó un libro en su honor con veintiséis colaboraciones de profesores españoles titulado Código Europeo de los Contratos. Academia de Jusprivatistas Europeos (Pavía).

17 Art. 42 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 1990.

18 <<http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>>.

19 Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros del 15 de noviembre de 2001, <[http://www.europarl.europa.eu/pv2/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV2&LANGUE=ES&SDOCTA=7&TXTLST=1&POS=1&Type\\_Doc=RESOL&TPV=DEF&DATE=151101&PrgPrev=TYPEF@A5|PRG@QUERY|APP@PV2|FILE@BIBLIO01|NUMERO@384|YEAR@01|PLAGE@1&TYPEF=A5&NUMB=1&DATEF=011115#EXPL\\_26\\_4\\_4](http://www.europarl.europa.eu/pv2/pv2?PRG=DOCPV&APP=PV2&LANGUE=ES&SDOCTA=7&TXTLST=1&POS=1&Type_Doc=RESOL&TPV=DEF&DATE=151101&PrgPrev=TYPEF@A5|PRG@QUERY|APP@PV2|FILE@BIBLIO01|NUMERO@384|YEAR@01|PLAGE@1&TYPEF=A5&NUMB=1&DATEF=011115#EXPL_26_4_4)>.

20 *Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-projet. Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier*, Milano, 2001; *Code Européen des Contrats, Avant-projet. Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier*, 2ª ed. rev. y corr. por L. Gatt, Milano, 2004.

Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos y de los Mozos<sup>21</sup>.

En dos cuestiones muy vinculadas con la noción de abuso del derecho, la imprevisión y la lesión<sup>22</sup>, el Anteproyecto trae estas soluciones: Art. 97.1: "1. Aunque el deudor se halle en retraso en el cumplimiento de la prestación debida o cuando no la haya realizado más que parcialmente, no se podrá considerar que ha habido incumplimiento cuando se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han hecho que la prestación sea excesivamente onerosa y que, en consecuencia, dan al deudor [...] el derecho de obtener una nueva negociación del contrato". Art. 30. 3. "Es rescindible [...] todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido". Art. 156.5: "La intención o en todo caso la conciencia en una de las partes de abusar de la situación de inferioridad o de inexperiencia de la contraparte pueden resultar de las circunstancias". De alguna manera esta conceptualización coincide con criterios angloamericanos: se trata de la teoría de la influencia injusta (Undue Influence), que "llena el nicho entre la incapacidad y la intimidación (duress)"<sup>23</sup>, y da lugar a la invalidez del acto comprendiendo hipótesis de temor reverencial<sup>24</sup>, pues considera inválido al contrato injusto resultante del ejercicio del poder de persuasión sobre una persona respecto de la cual el persuasor tiene autoridad, o que por la relación de confianza entre ambas hubo de suponer justificadamente que aquél no habría actuado de manera contraria a su bienestar<sup>25</sup>.

6. El Profesor de los Mozos supervisó la traducción del francés al español del Código Europeo de Contratos<sup>26</sup>. Tradujo del italiano obras de Emilio Betti: Teoría general de las obligaciones, con notas de

21 Editorial Dykinson - Universidad de Burgos, Madrid, 2003.

22 Molina, J. C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código civil argentino*, Buenos Aires, 1969.

23 Schaber, G. D. - Rohwer, C. D., *Contracts*, St. Paul, Minn., 1990, § 104.

24 Que no tiene virtualidad en el Derecho continental, conforme al criterio del art. 1114 del Código Civil francés.

25 *Restatement of Contracts 2nd*, § 177.

26 *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 14, octubre de 2001, pág. 713.



Derecho Español<sup>27</sup> e Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, cuya edición española también prologó<sup>28</sup>. Tuve el honor de codirigir con él una obra sobre la contratación contemporánea<sup>29</sup>.

En un veintena de libros y dos centenares de monografías abordó con maestría complejos temas centrales de la teoría general: el negocio jurídico<sup>30</sup>, la nulidad<sup>31</sup>, la inexistencia<sup>32</sup>, la conversión<sup>33</sup>. Revisó y puso al día la obra de Castán Tobeñas *Derecho civil español*, común y foral<sup>34</sup>. Amigo dilecto de Latinoamérica, realizó varias publicaciones en la región, entre ellas una sobre las "Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho"<sup>35</sup>.

Trató con reiteración y muy especialmente la buena fe<sup>36</sup>. Precisamente, le sugirió a Ordoqui Castilla escribir sobre ese tema, y prologó su libro<sup>37</sup>. Me ha referido Gustavo que, cuando le llevó a España el libro editado para agradecerle el prólogo, el Profesor de los Mozos le aconsejó que, habiendo estudiado la buena fe, siguiera con el aná-

27 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

28 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

29 *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, Lima - Bogotá, 2000.

30 *El negocio jurídico*, Madrid, 1987.

31 "La nulidad de los actos jurídicos", en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

32 "La inexistencia del negocio jurídico", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* año 1960-I.

33 *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959; "De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año 2001; "La conversión del negocio jurídico", en Ameal, O. J. (director) - Gesualdi, D. M. (Coordinadora), *Derecho Privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, 2001.

34 *Introducción y Parte General*, Madrid, 1995.

35 En *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Roma, 1996

36 *El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965; *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas. La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, Madrid, 1988; "La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno", en Bueres, A. J. - Kemelmajer de Carlucci, A. (Coordinadores) *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, 1997; "La buena fe en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina", en Ameal, O. J. (Director) – Tanzi, S. Y. (Coordinadora), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana*; "La buena fe en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía", en Córdoba, M. M. (Director), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Buenos Aires, 2004; "La buena fe contractual", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 2008, pág. 295.

37 Ordoqui Castilla, G., *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005.



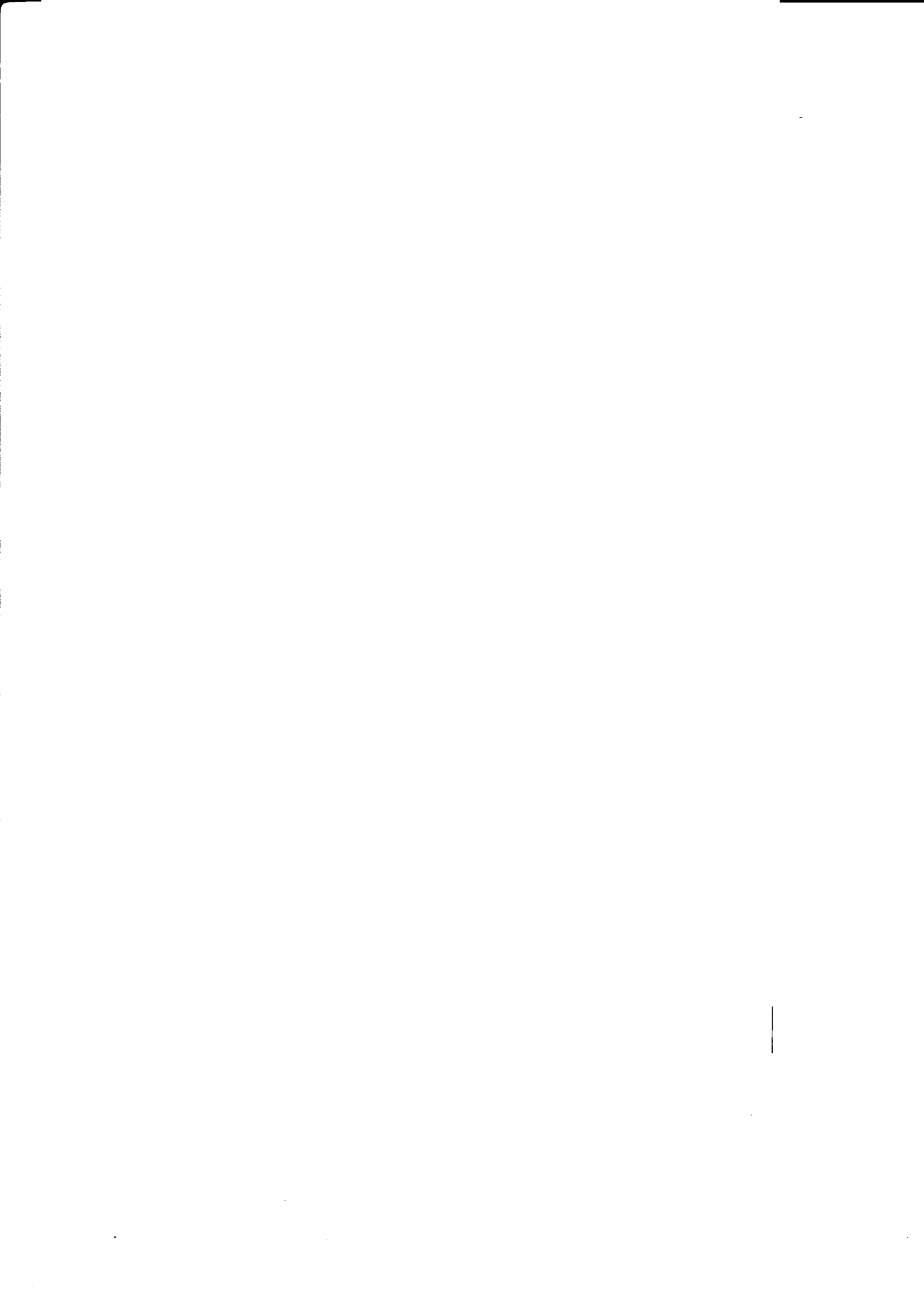
lisis del abuso del derecho, por ser pieza clave del sistema desde una visión humanista-personalista.

El Profesor José Luis de los Mozos - de quien he reseñado sólo algunos de sus innumerables méritos - está, pues, en la génesis de este libro, que hoy se presenta en su homenaje póstumo. Homenaje merecido y justiciero a un gran jurista, a un gran maestro, a un gran señor, a un gran amigo, de quien los que hemos tenido el privilegio de tratarlo personalmente conservaremos siempre el recuerdo intimista de su plática cordial, inteligente y filosa, mientras caían las horas hasta bien tarde (en Valladolid, en Burgos, en Madrid, en Viena, en Buenos Aires, en Lima ...), con un puro que se consumía, parte en bocanadas, parte apoyado en el cenicero, mientras don José Luis degustaba un buen licor.

Buenos Aires, junio de 2009.

***Atilio Aníbal Alterini***

*Profesor emérito y Decano de la Facultad  
de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*



## EL ABUSO DEL DERECHO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Gunther Gonzales Barrón

### PALABRAS PRELIMINARES

El abuso del derecho es una de esas nociones jurídicas de la que todos hablan, casi por intuición o sentido común, y la jurisprudencia no es la excepción, pues en su afán de sustentar una decisión presuntamente teñida de justicia puede utilizar una simple frase como toda motivación.

Ese es el riesgo de los conceptos jurídicos generales, pero también su ventaja, pues la indeterminación permite que el juez pueda enfrentar problemas no regulados sin tener que remitirse al positivismo, pero salirse de esos estrechos límites requiere de una fuerte dosis argumentativa que justifique la sentencia en motivos de racionalidad práctica. El peligro de la generalidad se enmienda con la argumentación.

Pues bien, en este punto se advierte la importancia decisiva del presente libro, que mediante un estudio analítico y profundo del abuso del derecho se facilita el conocimiento de los alcances, efectos y límites de esta institución jurídica. La doctrina cumple, así, su función natural de diálogo provechoso y de retroalimentación con la jurisprudencia.

El profesor uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla, autor de esta obra, es una de las personalidades más relevantes del Derecho civil latinoamericano, de lo que da cumplida prueba su constante participación en eventos académicos internacionales. Yo lo conocí en el Congreso Europa-América de La Plata, en mayo de 2011; luego lo saludé en Lima con motivo del Congreso de Derecho de obligaciones Roma-América de julio de 2011, y nuevamente en nuestra ciudad capital en una Jornada de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado en octubre de 2012, bajo la presidencia del jurista argentino Marcelo López Mesa y finalmente, coincidimos nuevamente en las Jornadas de Derecho Civil y Procesal Civil en La Plata de agosto de 2013, en la

que ambos fuimos expositores. En dicha ciudad nació la idea de publicar en nuestro país un libro suyo, y rápidamente convenimos que “El abuso del derecho”, por su connotación clásica, era la obra ideal.

El maestro Ordoqui me pidió, casi como requisito *sine qua non*, que preparase un estudio preliminar del abuso del derecho en el Perú, y esa es la razón de mi presencia en este libro, lo que obviamente me halaga.

Hoy, junio de 2014, cuando esta obra sale a la luz, una vez más el querido profesor se encuentra en nuestro país para un ciclo de conferencias por el trigésimo aniversario del Código Civil peruano, aunque en esta oportunidad su presencia académica no solo quedará registrada en la intervención oral, sino que se plasmará en la versión perenne del texto escrito, para beneficio de nuestra comunidad jurídica.

Solo queda agradecer al profesor Gustavo Ordoqui Castilla por haber facilitado esta publicación, que seguro tendrá el éxito que ya augura el prestigio de su autor.

## 1. LA MODERNIDAD EN EL DERECHO: LOS CÓDIGOS LIBERALES

La modernidad se inaugura en el siglo XVII con Descartes y su fe en la razón del hombre como medio para conocer la verdad, alcanzar el conocimiento y lograr el progreso. Se plantea, así, una clara diferencia entre sujeto que conoce y el objeto de conocimiento. En tal perspectiva, el hombre es el amo y señor del universo que puede, a través de la razón, alcanzar todas las metas. Esta idea se conecta con la otra referida al progreso del hombre, que puede dominar sus impulsos, la técnica y la naturaleza.

El racionalismo origina una nueva forma de entender la ciencia, cuyas características son la observación, experimentación y causalidad. Por el contrario, la ciencia aristotélica, de fines, de trascendencias, de pura especulación, queda enterrada definitivamente<sup>1</sup>. Por ejemplo, la derrota de Galileo en el Tribunal de la Inquisición, en

1 GOÑI, Carlos. *Breve historia de la filosofía*, Ediciones Palabra, Madrid 2010, pág. 138, dice: “Se conoce por Racionalismo la corriente filosófica moderna inaugurada por Descartes, que abarca los siglos XVII y XVIII (momento en que se transforma en idealismo) y que tiene estas características generales:

- Confianza plena en la razón como único medio de explicar la realidad.
- Desconfianza en el conocimiento sensible y la experiencia.
- Creencia en la existencia de ideas innatas.
- Aplicación del método deductivo, teniendo como paradigma las matemáticas”.





el siglo XVI, fue en realidad el anticipo del triunfo definitivo de la nueva ciencia.

El Derecho quedó influenciado rápidamente por esta nueva concepción filosófica de la vida y del mundo. El racionalismo jurídico nace con su fe en la razón del hombre para dotarse de reglas de convivencia, universales y eternas, por cuya virtud se vence el tiempo y el espacio, y si bien en un primer momento estas nuevas ideas se vincularon con el iusnaturalismo de carácter religioso, por su carácter de verdad absoluta, empero, pronto ambas corrientes terminaron distanciándose por el presupuesto dogmático que inspira la fe religiosa, lo que es incompatible con la razón. Precisamente, a partir del siglo XVII, surgen los representantes de esta nueva corriente, como Hugo Grocio<sup>2</sup> y Samuel Puffendorf, así como el civilista Jean Domat; y en el XVIII, Robert Joseph Pothier.

El Derecho romano, por ejemplo, es considerado un triunfo de la razón en el mundo antiguo, por lo que sus reglas son rescatadas para la modernidad, pero se elimina aquello que solo fue contingente o histórico, y que ya no tenía actualidad. Toda Europa fue romanizada precisamente en esa época, incluso las naciones que no tenían precedentes en tal sentido, como las germánicas o las del Norte. Por tanto, no es de extrañar que en el siglo XIX, Savigny escriba la monumental obra: "Sistema de derecho romano actual", con lo cual se conectaba el pasado y el presente, pero a través de un conjunto de reglas que se consideraban eternas<sup>3</sup>.

El racionalismo, además, toma como punto de partida al hombre, al individuo y a su poder como ser racional. La famosa frase *cogito ergo sum* (pienso, luego existo) es una buena muestra del lugar central del hombre. En consecuencia, el Derecho de la modernidad otorga una fuerza irresistible a la voluntad como elemento fundacional de los derechos subjetivos, del Derecho objetivo y del propio Estado. En efecto, el contrato nace por efecto de la sola voluntad; la propiedad es el respeto a la voluntad del hombre sobre una cosa; la transferencia de

2 "Lo que hizo Grocio, en realidad, fue generalmente reconocido por los humanistas cuando redescubrieron a los estoicos. Sobre esta visión de conjunto fundó su tratamiento del derecho internacional como aquel al cual los soberanos deben sujetarse por la razón": FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, sin indicación de traductor, págs. 101-102.

3 Este es uno de los puntos débiles de la teoría de Savigny, pues si el Derecho nace del espíritu del pueblo, lo que por definición es irracional, sin embargo, no se entiende la búsqueda de un derecho romano depurado, que supera el tiempo por su racionalidad intrínseca, y que proviene de un pueblo desaparecido.



la propiedad opera por la voluntad del señor de la cosa; la ley nace de la voluntad del Soberano o del Parlamento; y, finalmente, el Estado surge del contrato social, es decir, de la voluntad de los hombres.

El Derecho moderno es netamente individualista, voluntarista; y eso no es casualidad, pues se debe a las bases teóricas que lo justifican.

El individualismo se relaciona con el capitalismo económico, cuya idea subyacente es, precisamente, confiar en la voluntad del hombre, en su libertad, en sus decisiones particulares que sumadas en el interior de la sociedad llevan a la prosperidad general. Por el contrario, el Estado se considera antinatural, una organización corporativista que solo puede sustentarse por necesidad, en cuanto se le requiere para garantizar la libertad. En tal sentido, cada persona decide qué producir, en qué invertir, cuánto pagar y con quién contratar. El mercado es una suma de individualidades que actúan en su propio beneficio, lo que conllevará un beneficio colectivo. De esta forma, se logrará la "riqueza de las naciones" (Adam Smith), la prosperidad y el progreso.

Sin embargo, el libre desarrollo de las fuerzas productivas necesita un Derecho instrumental para sus fines, que asegure la propiedad privada y las inversiones, que dote de instrumentos legales a la iniciativa privada y que respete los contratos<sup>4</sup>. Sin embargo, no basta el individualismo como trasfondo de las normas, pues se requiere seguridad jurídica; y, para ello, se hace imprescindible un cuerpo legal que condense todo el derecho de la propiedad, de los contratos y la herencia. En ese texto jurídico, casi sagrado, se encontrará la solución de todos los problemas con una simple consulta. La codificación, por tanto, se convierte en la técnica legislativa propia de la modernidad, pues aspira a contener normas que son universales (todos los hombres son iguales, por lo que no hay diferencias corporativas), completas (todas las soluciones se encuentran en el código, y las normas anteriores quedan derogadas), coherentes (orden racional de las normas) y seguras (normas técnicamente bien redactadas, por escrito –se descarta los usos–, públicas, no retroactivas).

4 No obstante, los dramáticos cambios producidos en los últimos cien años, sin embargo, todavía existen autores contemporáneos que suscriben el discurso de la modernidad, por el cual el Derecho sirve para que los inversionistas hagan negocios, y nada más. Así, por ejemplo: "Esa confianza fue generada por el Derecho, que creó contratos sofisticados, derechos de propiedad y estructuras corporativas (la más importante la sociedad anónima) que permitieron a los capitalistas confiar en los innovadores": BULLARD, Alfredo. "La fuerza más poderosa del universo". En *Diario El Comercio*, Lima 16 de noviembre de 2013, pág. A-37.

Por su parte, si la ley prevé todas las hipótesis en un cuerpo legal completo, entonces el juez se convierte en un autómatas que subsume hechos en las normas, por lo cual se limita a reconocer soluciones que ya están previstas en la ley. En caso de lagunas, el juez deberá aplicar la analogía, es decir, se servirá de las propias normas codificadas. En el momento de mayor extremismo se establece que los vacíos legales deban colmarse por el propio Parlamento mediante recursos dirigidos a tal instancia. En este contexto, los jueces no pasan de ser funcionarios burocratizados que realizan un trabajo rutinario consistente en repetir las normas en la solución de casos concretos.

En buena cuenta, el Derecho moderno es individualista en extremo; respetuoso de la voluntad, aunque sea para engañar o envilecer; asegurador de las libertades de contratación y de dominio, aunque los hombres sean desiguales de facto; y encerrado en Códigos completos e inmutables, que rápidamente quedan desfasados y superados por las nuevas condiciones sociales y económicas.

Los Códigos dotan a los individuos de libertad de comercio e industria (eliminación de los antiguos gremios), libertad de intercambios (autonomía de la voluntad) y libertad de propiedad (dominio sin límites). No obstante, la centralidad del sistema se encuentra en la protección de los propietarios, quienes en ejercicio de tal derecho, podrán intercambiar, comerciar o producir libremente en ese nuevo orden económico. Por lo tanto, los Códigos liberales son el instrumento jurídico para asegurar la propiedad.

Por supuesto que la libertad económica no va aparejada de libertad política, pues las nuevas leyes se dictan en sociedades profundamente oligárquicas, antidemocráticas y sin atribución general de ciudadanía<sup>5</sup>.

## 2. LA POSMODERNIDAD EN EL DERECHO: LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La postmodernidad nace en las últimas décadas del siglo XX como reacción frente a los problemas del hombre que no se han solucionado por la racionalidad. En efecto, los avances del conocimiento,

5 Los países que sancionan códigos no conceden ciudadanía política a todos los hombres, sino a los que tributan al erario público, lo que fundamentalmente ocurría con los propietarios de predios, que era la mayor fortuna de la época. No obstante, a todos se les concedían ciudadanía civil, pues formalmente regía el principio de libertad e igualdad —banderas de la revolución francesa—.



de la técnica y de la ciencia, que tanto han contribuido al crecimiento de la riqueza, al desarrollo tecnológico, a las inmensas fortunas, a la globalización, sin embargo, no ha logrado la felicidad privada, amenazada por el consumismo y la angustia; ni la honestidad pública, aquejada por la corrupción; ni la libertad política, sojuzgada por las fallas notorias de la democracia; ni tampoco se ha logrado la igualdad entre los hombres, socavada por las diferencias entre la clase dominante, que sigue siendo minúscula frente a la masa de desposeídos, pues la pobreza se mantiene frente a una escandalosa riqueza.

La época presente marca el punto de mayor prosperidad en la historia del hombre, de mayor conocimiento, el de la sociedad global por la rapidez de las comunicaciones; pero al mismo tiempo representa el momento de las guerras más sangrientas, de los totalitarismos más feroces, de las mayores perversiones, del ocaso espiritual y moral. Estas contradicciones, tan marcadas, hacen que el hombre dude y abandone el proyecto del modernismo; por lo tanto, queda de lado la idea del progreso imparable, de la unificación de las diferentes sociedades bajo parámetros y éticas comunes, o la absorción de los países satélites por la fuerza expansiva del mundo occidental.

En buena cuenta, los ideales de la modernidad no se han cumplido. La unidad social se disuelve en las minorías, cada vez más importantes y con agenda propia; la ética de las naciones occidentales ya no es la única que se tiene en cuenta, y, por el contrario, se critica hoy la falta de los mismos valores que permitieron la construcción de esas sociedades; la transparencia e información de los medios, que si bien transmiten los hechos en tiempo real, empero, se desvanece con la banalización de los contenidos, con la multiplicidad de versiones; y, por último, la realidad, única y objetiva, parece no existir, y solo quedan los subjetivismos.

La idea clave del progreso incesante e imparable, dominado por la razón, no se ha concretado. En cambio, se constata que la historia no es una línea ideal que avanza desde el primitivismo hasta la conciencia absoluta, sino, más bien, es el conjunto de historias diversas, no ensambladas, ni lineales. La supuesta historia del progreso no es otra que la contada por los vencedores occidentales, ideologizada, reducida a grandes sucesos que importan a las clases dominantes; es claro, pues, que los vencidos no forman parte de la historia<sup>6</sup>.

6 "Pues bien, en la hipótesis que yo propongo, la modernidad deja de existir cuando –por múltiples razones– desaparece la posibilidad de seguir hablando de la historia como una



La posmodernidad plantea “deconstruir” el edificio conceptual de la razón, en palabra de Jacques Derrida. Si antes había totalitarismo de la ética, en el presente hay relativismo; si antes había mundo occidental dirigente, en el presente hay muchos mundos; si antes había historia lineal, en el presente hay multitud de historias que no conducen necesariamente al progreso; si antes había la pretendida seguridad para la vida, en el presente hay debate, diálogo problemático y difícil consenso.

**El Derecho no ha sido inmune a la posmodernidad.**

El cuestionamiento de la racionalidad conlleva que suceda lo propio con los conceptos jurídicos basados en ella, tales como la codificación, el positivismo, el individualismo, la libertad absoluta, la solución única y correcta en las controversias jurídicas, la seguridad jurídica como valor prevaleciente.

Por tanto, el nuevo modo de ser del Derecho se construye sobre la base de los derechos humanos, que son valores de alto contenido ético, pero que sufren de gran indeterminación. En tal contexto, la codificación, el normativismo y la seguridad jurídica liberal pierden sentido. También sufren las ideas de soberanía y democracia parlamentaria como medios para construir la voluntad estatal, pues, hoy, tales absolutos se derrumban frente a las Constituciones, los tratados de derechos humanos o los tribunales internacionales.

Asimismo, la posmodernidad reconoce a las diferencias, a las minorías, a los “otros”, que también son incluidos en un proyecto conjunto, pero no común. La tolerancia pasa a convertirse en valor fundamental; pero ello también trae preocupación por los pobres y los marginados. Los derechos humanos no solo son libertades frente al Estado, sino también prestaciones con la meta de una igualdad sustancial y real, por lo tanto, el individualismo cede su lugar a la solidaridad.

La posmodernidad derrumba las bases teóricas del Derecho civil liberal.

---

entidad unitaria. Tal concepción de la historia, en efecto, implicaba la existencia de un centro alrededor del cual se reúnen y ordenan los acontecimientos (...) La crisis de la idea de la historia lleva consigo la crisis de la idea de progreso: si no hay un decurso unitario de las vicisitudes humanas, no se podrá ni siquiera sostener que avanzan hacia un fin, que realizan un plan racional de mejora, de educación, de emancipación. Por lo demás, el fin que la modernidad pensaba que dirigía el curso de los acontecimientos era también una representación proyectada desde el punto de vista de un cierto ideal del hombre”: VATTIMO, Gianni. “Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?”. En VV.AA. *En torno a la posmodernidad*, Anthropos Editorial, Barcelona 2011, págs. 10-11.



La codificación es, precisamente, una técnica legislativa nacida durante el liberalismo, que se caracteriza por regular una determinada parcela de la vida social con la pretensión de integridad, claridad, orden, sistemática y **seguridad jurídica**; por lo tanto, cualquier conflicto jurídico puede resolverse mediante la simple consulta de ese libro sagrado, en el cual se deberían encontrar todas las respuestas a los problemas jurídicos. Los Códigos se basan en las ideas de generalidad (medio) y seguridad (fin); pero su trasfondo filosófico no es otro que el positivismo y el formalismo. En efecto, todo se resuelve con la ley en la mano, y no existe nada más que buscar.

El neoconstitucionalismo, los derechos humanos y las modernas concepciones filosóficas del derecho han producido el estallido de la codificación, pues al superarse el positivismo que se concentra en normas simples cuyo fin es la certeza, entonces, se produce el fenómeno denominado de "indeterminación del derecho", por lo que hoy no se sabe a ciencia cierta cuál será la solución de alguno de los llamados "casos difíciles", pues no solo entra en juego una norma del Código, sino también uno o más principios elásticos contenidos en la Constitución, una norma internacional de derechos humanos, la jurisprudencia de un Alto Tribunal o Corte, o incluso el informe de un relator temático del sistema universal de derechos humanos. A ello se suma que el juez no es más la boca de la ley, sino el centro del sistema jurídico como último garante de los derechos fundamentales del hombre. La falta de certeza es una consecuencia directa de la aplicación de los derechos fundamentales en la solución de los conflictos civiles<sup>7</sup>.

Las fuentes del derecho se han expandido verticalmente (más normas y más decisiones jurisprudenciales; algunas de las veces superpuestas entre sí), pero también en sentido horizontal (el contenido de cada norma legal, que debe adecuarse a la Constitución o a un tratado de derechos humanos interpretado por una Corte Interna-

7 "Al derecho privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; este tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste solo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho privado: la claridad y la certeza jurídica, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales": HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid 2001, traducción de Ignacio Gutiérrez, págs. 59-60.



cional, se ha vuelto indeterminado). Así pues, en el Estado Constitucional los casos jurídicos se vuelven complejos, pues en múltiples oportunidades se resuelven por virtud de principios jurídicos que requieren de la técnica de ponderación para dilucidar el conflicto entre derechos fundamentales; y ya no por la simple aplicación mecánica de reglas técnicas establecidas en un Código. El Derecho actuado por medio de principios abiertos y de difícil concreción, y no por reglas exactas y de aplicación incondicionada, es la negación misma del espíritu que animó en su momento al fenómeno de la codificación. Por lo tanto, no es que los Códigos estén en problemas o desfasados con relación a la tecnología moderna o a la nueva sociedad, sino que la idea misma de un código es la que se encuentra en profunda crisis, y por ahora parece ser una idea en declive, y tal vez ya superada.

El Derecho se ha vuelto más complejo, y eso no cuadra con la concepción de reglas claras y sencillas que anima a los Códigos<sup>8</sup>. Es más, hoy se dice que todos los principios son derrotables, es decir, ellos mismos entran en conflicto, precisamente por su natural indeterminación, y en consecuencia, en el caso concreto debe dilucidarse qué principio prevalece; sin embargo, esa preferencia no puede generalizarse ni de ella establecerse una regla abstracta, por cuanto solo sirve para resolver una determinada circunstancia fáctica. En suma, las decisiones jurídicas por principios tienen la ventaja de adecuarse

8 “Resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo profundo significado originario ya no se percibe hoy, entre *scientia iuris* y *iuris prudentia*, la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. (...) Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero - falso, todo o nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo. Son dos mentalidades contrapuestas en general. En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina “razonabilidad”: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la “prudencia” en el tratamiento del derecho. Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la “clave” para resolver todo problema jurídico, como si se tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho. En los contextos pluralistas es necesario hacer “discursivo” y “persuasivo” el procedimiento a fin de alcanzar el punto de máxima realización de los principios en juego”: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid 2009, traducción de Marina Gascón, pág. 123.

a la verdadera naturaleza del Derecho, no solo reducido a normas, con entrada de la moralidad e importancia de la argumentación, pero tiene el inconveniente de la mayor incertidumbre respecto de la solución del caso. **En estas circunstancias, la codificación puede considerarse, hoy por hoy, una técnica legislativa incompatible con el actual modo de ser del Derecho.**

Si todos los principios del derecho son derrotables, entonces las reglas claras, precisas y delimitadas no pasan de ser una ilusión; pues hasta las normas más importantes del sistema pueden decaer en un caso concreto; con mayor razón las reglas quedan desplazadas cuando se enfrentan con los principios. Por tal motivo, las cláusulas generales de los Códigos, tales como la buena fe o la prohibición del abuso del derecho, cada día ganan más importancia para superar el formalismo, conceptualismo y economicismo<sup>9</sup>.

Pero, nótese que estamos hablando de una crisis de la técnica legislativa, pero no de una crisis de los derechos de la persona. Los Códigos pierden importancia, pero no el Derecho Civil, solo que éste se redimensiona con la perspectiva de una justicia que se pretende lograr a través de los valores que emanan de la Constitución y del sistema internacional de derechos humanos, lo que en el actual estado de nuestra civilización constituye, y todo indica que es así, un paso adelante sobre el cual no podrá volverse<sup>10</sup>.

9 Por tal motivo, discrepo de la opinión del buen amigo LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*, Palestra Editores, Lima 2004, pág. 304: "En la reforma del Código Civil que se está preparando se debería reducir al mínimo el empleo de las cláusulas normativas generales, y preferir a ellas, una regulación detallada y puntual de figuras que han brillado por su ausencia en la jurisprudencia de los últimos veinte años". **Esta propuesta implica regresar, sin más, al positivismo.**

10 En Europa se discute actualmente si el Derecho Privado se encuentra sujeto a una relación de subordinación o complementariedad respecto de los derechos fundamentales de la persona. Por la subordinación se entiende que las relaciones entre individuos no se rigen sustancialmente por el Derecho privado, sino por los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones o Tratados de derechos humanos. Aquí el Derecho privado no solo es interpretado a la luz de los derechos fundamentales, sino que su normativa es sustituida en sectores importantes. Por el contrario, la complementariedad implica que el Derecho privado no pierde su capacidad de regular las relaciones entre particulares de acuerdo a su propia lógica, conservando su autonomía. Aquí los derechos fundamentales influyen, pero difícilmente sustituyen las normas privadas: CHEREDNYCHNKO, Olha. "Derechos Fundamentales y Derecho Privado. ¿una relación de subordinación o complementariedad?". En *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*, Palestra Editores, N° 1, Lima, enero 2008, págs. 106-107. En nuestra opinión, la complementariedad presupone que las reglas de los Códigos hacen efectivos los





El nuevo sistema jurídico basado en los derechos humanos simplemente es incompatible con los Códigos de reglas simples que pretendían conseguir certeza y seguridad.

En buena cuenta, una mayor preocupación por la justicia conlleva necesariamente a una dosis creciente de incertidumbre, pues entran a tallar los principios, la argumentación, las distintas fuentes normativas, lo que produce inseguridad en la solución. Ya no se admite que una regla específica pueda responder a cada problema jurídico, sin mayor debate o carga argumentativa. En suma: a más justicia, menos seguridad; a más seguridad, menos justicia. El neoconstitucionalismo actual opta por lo primero; el positivismo optó decididamente por lo segundo.

### 3. EL ABUSO DEL DERECHO: ENTRE LA MODERNIDAD Y LA POSMODERNIDAD

El abuso del derecho nace en la modernidad, en pleno siglo XIX, en el contexto de los Códigos liberales, lo que asoma como una paradoja, pues en el momento de auge del individualismo, nace una figura jurídica de inspiración social, tanto en la jurisprudencia francesa, como en el Código Civil Alemán.

El Código francés de 1804 es el paradigma de tutela del propietario absolutista, exclusivo y prácticamente incondicional, cuyo derecho se encuentra configurado por la ley, y fuera de ello no hay nada más que buscar o cuestionar, sin embargo, esta visión exagerada y extremista no podía mantenerse. "La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos, y de manera particular el de propiedad"<sup>11</sup>. Por lo tanto, el surgimiento del abuso del derecho durante la modernidad decimonónica no es una paradoja, sino la natural reacción frente al extremismo individualista que originaba resultados inaceptables en relación con el valor de justicia material.

En tal sentido, la famosa sentencia de la Corte de Colmar de 02 de mayo de 1855, tantas veces citada, se refiere a un propietario que

---

derechos fundamentales, por lo que se trata de una visión más cercana al liberalismo; en cambio, la subordinación es propia del Estado Social en donde el centro lo constituye el hombre, su dignidad, la igualdad material entre seres humanos, la dotación de un mínimo existencial, y todo eso exige que los Códigos sean releídos y reinterpretados.

11 RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, pág. 45.



edificó sobre su casa una chimenea inútil delante de la ventana de su vecino con la sola intención de perjudicarlo privándole de la luz. Allí se dijo que el derecho de propiedad “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. Un año después el Tribunal de Lyon sancionó a un propietario que instaló una bomba de agua en el subsuelo para succionar el agua de una fuente para el solo perjuicio a su vecino, pues el agua recolectada se conducía directamente al río. El propietario fue condenado, según palabras del Tribunal, pues había utilizado “el poder de abusar de su cosa inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar”. Luego el Tribunal de Compiègne, mediante sentencia de 19 de febrero de 1913, sancionó que el titular no puede ejercer su derecho “para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador”<sup>12</sup>.

Por su parte, el Código Alemán consagró el abuso del derecho en una norma de carácter restrictivo, fundada en el elemento subjetivo (dolo), como se aprecia del parágrafo 226 BGB: “Prohibición del abuso. El ejercicio de un derecho es ilícito si solo puede tener por finalidad causar daño a otro”<sup>13</sup>.

Para el modernismo jurídico, en el mejor de los casos, el abuso del derecho es una curiosidad propia de académicos inoportunos<sup>14</sup>; o en el peor, una grave distorsión que permite la indebida discrecionalidad de los jueces, lo que pone en peligro el supuesto dogma de la actividad judicial como boca de la ley, cuyo método se reducía a la simple subsunción.

No obstante, el abuso del derecho es el primer paso que llevará finalmente a desmontar que el modernismo individualista es la cuña que iniciará el cambio del anterior paradigma. Si bien es cierto que esta teoría por sí sola no produjo modificaciones dramáticas en la concepción tradicional del Derecho civil<sup>15</sup>, empero, tuvo el mérito de ser pionera en un contexto jurídico hostil, que miraba con desconfianza las

12 Ibid., págs. 45-46.

13 La presente traducción y de las otras normas del Código Civil Alemán se toman de: LAMARCA MARQUÉS, Albert (Dir. de la traducción). *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid 2008.

14 Las tesis negativas lo califican como institución contradictoria, pues el abuso del derecho es no-derecho, por lo tanto nunca podría presentarse un derecho susceptible de abuso. En tal sentido lo da cuenta: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Edições Almedina, Coimbra 2013, págs. 679-682.

15 La doctrina considera que el abuso del derecho constituye un “avance tímido”: Ibid., pág. 684.



perspectivas sociales, pues a partir de los mediados del siglo XIX se temía el creciente influjo de las ideas marxistas, y cuyo recelo se acentuaba por la pretensión de mediatizar los derechos individuales absolutos, como la propiedad, con el fin de dar entrada al impredecible criterio judicial, basado en subjetividades, y no en normas claras y expresas.

**El abuso del derecho, por tanto, pone en entredicho dos ideas básicas de la modernidad:** el individualismo, atacado por la solidaridad, y la seguridad normativa de la codificación, reemplazada por conceptos generales susceptibles de interpretación judicial. Por lo tanto, es evidente que la visión conceptualista del Derecho es incompatible con su nuevo modo de ser: dinámico, argumentativo, antiformalista, valorativo y de primacía de lo jurisdiccional sobre la ley<sup>16</sup>.

En tal sentido, la doctrina francesa considera que los antiguos derechos absolutos se relativizan, pues su ejercicio se realiza en el contexto social, no en el vacío, por lo que todo derecho tiene una misión social, un motivo legítimo. "Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no deben nunca ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no lo ejercitarían verdaderamente, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles"<sup>17</sup>.

Por su parte, la doctrina alemana fundó el abuso del derecho en la vieja *exceptio doli* del Derecho romano o en la prohibición del dolo. En todo caso, era una teoría "extraña a la pandectística"<sup>18</sup>. Incluso, los autores alemanes contemporáneos consideran que el parágrafo 226 BGB es "poco significativo o inútil"<sup>19</sup>. No obstante, se ha construido una especie de teoría de la prohibición del ejercicio inadmisibles de los derechos<sup>20</sup>, con recurso a la cláusula de las buenas costumbres del

16 El profesor Gustavo Ordoqui se expresa en los siguientes términos respecto a la decadencia del positivismo: "Este enfoque, en definitiva, ratifica los errores y exageraciones de aquellos que entienden que todo está en respetar solamente el texto de la ley y, por error, solo en esta ponen toda su confianza y esperanza".

17 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, revisado y completado por André Brun, EJEA – Bosch y Cía Editores, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Tomo I, Volumen I, pág. 154.

18 MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Op. Cit., pág. 687.

19 *Ibid.*, pág. 691.

Es significativo que el monumental tratado de ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, traducción de José Alguer y Blas Pérez González, Tomo III-1º, pág. 337, le dedique pocas líneas al tema y, además, sin profundidad.

20 MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Op. Cit., págs. 693-695.



parágrafo 826<sup>21</sup> o de la buena fe del parágrafo 242<sup>22</sup>, como una fórmula para superar la estrechez dogmática.

#### 4. CONSTRUCCIÓN TÉCNICA DEL ABUSO DE DERECHO

La jurisprudencia sobre abuso del derecho revela diversas hipótesis en las cuales el titular de un derecho actúa formalmente dentro las prerrogativas establecidas por la ley, empero el resultado es de manifiesta injusticia pues choca frontalmente con un valor reconocido por el ordenamiento jurídico. Es el caso típico del propietario que mandó construir una falsa chimenea sin utilidad alguna para sí, pero con el fin de perjudicar la vista del vecino.

En tal contexto, los filósofos del derecho han realizado una construcción teórica de innegable precisión: "las acciones abusivas son acciones *prima facie* permitidas pero que finalmente resultan, considerando todas las cosas, prohibidas"<sup>23</sup>. La prohibición surge como: "supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas: se trata de casos que las reglas del sistema solucionan permisivamente, pero sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se derivan de los principios, sí debiera tomarse en cuenta como relevante para solucionar prohibitivamente el caso"<sup>24</sup>.

Por su parte, recientemente un profundo estudio dogmático del Derecho portugués concluye en forma similar que el abuso del derecho reside en la disfuncionalidad de los comportamientos que si bien permitidos por normas jurídicas, empero no se corresponden en el sistema en el que aquellas se integran<sup>25</sup>.

En efecto, la regla jurídica permite la conducta (por ejemplo, art. 923 CC: la propiedad comprende la facultad de disfrute de las cosas), pero por efecto de la coherencia valorativa del sistema jurídico esa conducta no es aceptable a la luz de un principio jurídico (por ejemplo: prohibición de dolo, actuación de buena fe, *venire contra factum proprium*, etc.). La consecuencia es que la conducta, formalmente per-

21 Parágrafo 826 BGB: "Daño doloso contrario a las buenas costumbres. Quien de una forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro está obligado frente a este al resarcimiento del daño".

22 Parágrafo 242 BGB: "Prestación de buena fe. El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico".

23 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, págs. 58-59.

24 *Ibid.*, pág. 62.

25 MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Op. Cit., pág. 882.



mitida por la regla, empero se convierte en prohibida por aplicación del principio, por lo tanto, la coherencia del sistema exige que la laguna axiológica deba ser completada por la nueva regla prohibitiva, que surge del principio, y que normalmente tiene origen jurisprudencial.

El principio afectado con la conducta abusiva no solo puede tener carácter subjetivo, como la interdicción del dolo o fraude, sino también objetivo, al margen de la intención del infractor<sup>26</sup>, por lo que “se constituye como una conducta contraria a la función social-económica inherente a cada derecho subjetivo”<sup>27</sup>, que también puede implicar “transgresión del principio de la buena fe, de la moral o de las buenas costumbres”<sup>28</sup>. En buena cuenta, las posiciones jurídicas se deben ejercer en consonancia con su finalidad (*ratio essendi*), dentro de un ejercicio responsable, en atención a su función social y conforme la buena fe objetiva<sup>29</sup>.

El tránsito de lo permitido a lo prohibido conlleva que la conducta sea calificada como “ilícito atípico”, pues no se encuentra prevista

26 “Los límites intrínsecos derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social. Dentro de ellos suelen diferenciarse a su vez los límites objetivos (que se desprenden de la propia naturaleza, de la misma realidad del derecho) de los subjetivos (que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho). (...) La infracción del límite objetivo intrínseco nos sitúa por lo general ante un fraude de ley, mientras que la vulneración de un límite subjetivo intrínseco nos coloca ante un abuso del derecho”: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Dogmática de los derechos de la persona en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional”. En *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 48, Lima 1994, págs. 239-240.

La visión general del profesor español es correcta, en cuanto reconoce que existen límites intrínsecos del derecho, tanto objetivos (disfuncionalidad), como subjetivos (dolo), pero se equivoca en cuanto considera que la infracción al límite objetivo lleva al “fraude”, pues por definición la conducta fraudulenta es dolosa, por tanto subjetiva, y no objetiva; en consecuencia, el abuso del derecho se presenta en ambas hipótesis (objetiva/subjetiva) siempre que la conducta se encuentre amparada en una regla de derecho, pero proscrita por un principio.

27 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho (art. 103 Constitución)”. En GUTIÉRREZ, Walter (Dir.). *La Constitución Comentada*, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2013, Tomo II, pág. 704.

28 *Ibidem*.

El profesor Gustavo Ordoqui señala que: “la buena fe como principio general del Derecho cumple también en nuestro sistema jurídico la función de control al ejercicio de los derechos subjetivos”

29 RODOVALHO, Thiago. *Abuso de derecho y derechos subjetivos*, ARA Editores, Lima 2014, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More, pág. 227.



en una regla, por lo que la laguna "obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho, entre las reglas y los principios. En algunos sistemas (los de *civil law* o de Derecho continental) eso se logra, por un lado, recurriendo a la analogía y, por otro, mediante las figuras del abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder"<sup>30</sup>.

La conducta abusiva, como acto ilícito, puede originar daño resarcible (art. 1969 CC), pero no siempre<sup>31</sup>, pues bien puede ocurrir que la tutela del principio afectado requieran de remedios diferentes: levantamiento del velo de una persona jurídica, convalidación de la nulidad, inhibición de la conducta infractora para el futuro, etc., es decir, la existencia de daño no es requisito imprescindible para la configuración del abuso del derecho, sin perjuicio de reconocer que es la consecuencia más frecuente. "El abuso del derecho no se reduce a la responsabilidad civil y tampoco se confunde con ella"<sup>32</sup>, por lo que las consecuencias del acto abusivo son de diversa índole, "como tutelas inhibitorias, supresión del ejercicio de la posición jurídica (*supressio*), surgimiento de derechos (*surrectio*), nulidad de cláusulas, litigio de mala fe, etc."<sup>33</sup>.

El art. II del título preliminar del Código Civil señala que: "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso"<sup>34</sup>, por lo cual el ordenamiento peruano habilita que el abuso del derecho pueda dar lugar a cualquier pretensión destinada a remover la conducta abusiva, y no solo la indemnizatoria<sup>35</sup>.

30 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., pág. 126.

31 Por el contrario, un importante sector, del cual no se exoneran los filósofos (Ibid., pág. 57), considera que el daño es elemento constitutivo del abuso del derecho.

32 RODOVALHO, Thiago. *Abuso de derecho y derechos subjetivos*, Op. Cit., pág. 226.

33 Ibidem.

34 La teoría del abuso del derecho se consagró en el Código Civil alemán y en el Código Civil suizo (Art. 2, núm. 2: "el manifiesto abuso de un derecho no está protegido jurídicamente"), pasando de allí a nuestro Código de 1936 y luego al vigente Código de 1984.

35 "El artículo II del Título Preliminar del Código Civil vigente introdujo en su versión primigenia una importante innovación como es la de establecer la posibilidad de accionar para evitar que se produzca un acto abusivo o para suprimir aquel en curso. En este sentido, el numeral autorizaba al interesado a solicitar se adopten las medidas que fueren necesarias para impedir la realización de un acto que estaría destinado a lesionar sus



En resumen, “puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos –lo que incluye el abuso del derecho– es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas”<sup>36</sup>.

## 5. ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El autor del libro V, sobre derechos reales, del Código de 1984, admite la potestad de los jueces para decidir si el propietario ha violado la “obligación” de armonizar su derecho con el interés social (o con el bien común, según el art. 70 Const.). Para llegar a esta afirmación se emparenta la “violación al interés social” como un caso de abuso del derecho (art. 924 CC)<sup>37</sup>, y, en consecuencia, queda habilitada la tutela inhibitoria y/o resarcitoria a favor del perjudicado, según fuera el caso.

---

intereses (...). Estimamos un acierto, que constituye un valioso precedente en la legislación comparada, que el Código Civil de 1984 prescribiese en su versión original la tutela preventiva de los intereses que pudieran verse afectados con una posible acción abusiva, así como el que se permitiese también la supresión del abuso en acto”: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Abuso del Derecho*, Editora Grijley, Lima 1999, págs. 281-282. La misma postura se mantiene con la nueva redacción del art. II del Título Preliminar del Código Civil en virtud de la modificación de 1992 por obra de las disposiciones finales del Código Procesal Civil.

36 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., pág. 126.

37 “Una crítica que se hizo con referencia al art. 34 de la Constitución antigua (de 1933) es que no contenía una sanción. Es decir, se limitaba a establecer un precepto de carácter declarativo al disponer que el ejercicio de la propiedad debía armonizar con el interés social. Pero no decía que ocurría en caso que un determinado propietario ejerciese su derecho sin guardar la necesaria armonía con el interés social. Los críticos de la Constitución de 1933 señalaron en algunas ocasiones que la norma carecía de eficacia en razón de no tener sanción. Tampoco hubo leyes posteriores que recogieran para casos específicos el principio del interés social como elemento rector. (...) El art. 924 del nuevo Código Civil pretende salvar la omisión constitucional y establece que cualquier persona o entidad que sufra o esté amenazada de un daño porque otro se excede o abusan en el ejercicio de su derecho, pueda exigir al juez que las cosas se restituyan al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados. El ejercicio excesivo o abusivo de la propiedad no necesariamente afecta el interés social. Podría vulnerar tan sólo un interés particular o privado, en cuyo caso el grupo social perjudicado tendría expedito su derecho para exigir que las cosas se repongan al estado anterior o que se adopten las medidas correctivas a juicio del juez, sin perjuicio de la indemnización que corresponda”: AVENDAÑO VALDÉZ. “Atributos y caracteres del derecho de propiedad”. En VV.AA. *Biblioteca para leer el Código Civil*, PUCP, Lima 1988, Volumen I, págs. 102-103.

En efecto, una de las vías para corregir las disfuncionalidades en el ejercicio de un derecho es mediante la técnica del abuso del derecho<sup>38</sup>, con lo cual se declaran ilícitas ciertas conductas a pesar de su falta de tipificación en reglas, pero que se deducen de la vigencia de los principios. **Esos actos son ilícitos "per se" y, por lo tanto, escapan del ámbito propio del derecho subjetivo del que se trate, en este caso, de la propiedad**<sup>39</sup>.

La teoría del abuso del derecho se construye sobre la base de ejercicios anormales, exóticos o dolosos del propietario, conforme se aprecia del repertorio jurisprudencial, cuyo caso típico es el francés del siglo XIX, en el cual se puso límites al derecho de propiedad cuando este se ejercitaba con la sola intención de perjudicar a otro. Se cita el famoso caso del Tribunal de Colmar en 1855, por el cual se evitó que un propietario levantara una falsa chimenea frente a la ventana de un vecino, sin más finalidad que la de incomodarle; de la misma forma un Tribunal de Lyon de 1856 sancionó el hecho de vaciar continuamente el agua de un pozo solo para dejar sin agua el pozo del vecino<sup>40</sup>.

En estos casos, prototípicos, lo que en realidad ocurre es que los límites naturales (o intrínsecos) del derecho subjetivo no están claramente fijados; por lo que el único límite eficaz estará determinado por los criterios objetivos de la buena fe. En tal sentido, se ha observado con razón que si el derecho subjetivo pudiese contener los límites dentro de los cuales el titular puede actuar legalmente, el abuso del derecho sería una imposibilidad lógica, pero en la realidad jurídica tales confines no están precisados, por lo tanto, la teoría del abuso del derecho sirve para impedir el reconocimiento de situaciones inicuas que se reputan extrañas al contenido mismo de la prerrogativa, pero que ante esa indeterminación de linderos pudieran ser considerados en apariencia como lícitos<sup>41</sup>.

Una institución como el abuso del derecho se origina por las necesidades de la vida práctica y por la idea de solidaridad del ordenamiento jurídico; y por encima de cualquier discrepancia doctrinal, se encuentra la noción fundamental de que los derechos subjetivos

38 PÉREZ PÉREZ, Emilio. *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, CRPME, Madrid 1995, pág. 98.

39 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, Op. Cit., págs. 283-284.

40 PUIG BRUTAU, José. *Introducción al derecho civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1981, pág. 423.

41 *Ibid.*, pág. 424.





nunca son ilimitados<sup>42</sup>, ni pueden ocasionar daños gratuitos a terceros, bajo pena de convertirse en actos ilícitos. Sin embargo, una teoría tan amplia e indeterminada se presta a la arbitrariedad judicial, contraria al valor de la seguridad jurídica; por tal razón, desde un principio se vio la necesidad de establecer los elementos configuradores del abuso del derecho<sup>43</sup>. En el presente texto se ha optado por el criterio analítico que revela el enfrentamiento entre una regla de derecho, que si bien establece un mandato incondicional por el cual un determinado acto es parte del contenido formal de un derecho subjetivo, sin embargo, resulta prohibido en mérito de un principio jurídico de amplio alcance.

Lamentablemente, la jurisprudencia no tiene claro el tema.

Así, recientemente, la Corte Suprema ha declarado que constituye “abuso del derecho de propiedad” la acción de destrucción de un cerco perimétrico realizada por el presunto propietario de un área en disputa con el vecino, pues si bien como hipotético titular tiene derecho de uso y disfrute, empero ello no le autoriza a efectuar la demolición de forma unilateral sin que previamente se dilucide el conflicto de límites entre ambas fincas (Casación N°747-2013, de 06/12/2013, publicada el 31/3/2014<sup>44</sup>). Si entendemos que el abuso de derecho

42 Con toda razón dice Antonio Gambaro que la figura del abuso del derecho ha sido utilizado para declarar ilícitos los comportamientos que formalmente están permitidos, pero que devienen en prohibidos luego de un análisis más profundo de la situación, y una vez reconocido que el ejercicio del derecho no ofrece una inmunidad absoluta al titular: Cit. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*, Editorial Huallaga, Lima 1996, pág. 47.

43 Sobre el particular existe una famosa sentencia del Tribunal Supremo Español, del 14 de febrero de 1944, en el que se desarrollaron los elementos de este instituto (PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho Civil*, Op. Cit., pág. 426): a) Uso del derecho subjetivo de una manera externamente legal; b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa legal; y c) Carácter inhumano o antisocial del daño, manifestado en forma subjetiva (intención de perjudicar o simplemente la actuación sin un fin serio y legítimo) o en forma objetiva (el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). No obstante, en el texto principal se explica las razones por las cuales esta doctrina debe considerarse superada.

44 La sumilla de la ejecutoria –que es una costumbre que empieza a imponerse en las sentencias del Máximo Tribunal– dice: “La recurrente (demandada) no puede alegar que el derribo de los muros levantados por su colindante corresponde al ejercicio regular de un derecho (concretamente de su derecho de propiedad, porque al atribuirse éste con anterioridad a la propiedad de la zona en conflicto, lo correcto era que la Inmobiliaria procediera a ejercitar las acciones administrativas y legales pertinentes para definir su titularidad sobre el área, y no proceder por la vía de hecho a imponerla, pues ello constituye un abuso de derecho y no su ejercicio regular, considerando que el ejercicio regular de un derecho es aquel que se

presupone una conducta amparada en una regla que la cubre, pero que se encuentra en contradicción con un principio, entonces debe concluirse que la hipótesis descrita no se ajusta a la figura del abuso del derecho, pues el supuesto propietario despojó de la posesión a su vecino, lo que por sí mismo constituye acto ilícito según el art. 921 CC, concordante con los arts. 603 y 604 CPC, de lo cual se deduce que no existe "laguna axiológica", pues el sistema contiene una regla que le prohíbe al propietario el despojo del poseedor, en cuyo caso este último no solo tiene derecho a que se le reponga en la situación anterior, sino también a que se le otorgue una indemnización, que es precisamente la pretensión demandada en el caso. Por lo tanto, la regla misma ya prevé la ilicitud de la conducta del propietario, por lo que es innecesario acudir al abuso del derecho.

## 6. ABUSO DEL DERECHO: PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La concepción teórica del abuso del derecho como permisión que nace de una regla jurídica y prohibición que surge de un principio, no parece aplicable a los derechos constitucionales, pues ello implicaría que se produzca el abuso de un principio sobre el otro; no obstante, un análisis más fino permite advertir que el derecho fundamental puede concretarse en leyes dentro de las cuales se subsume la conducta examinada, y en ese contexto podría vulnerar un principio; en consecuencia, "puede haber situaciones en las que quepa un uso no justificado –esto es, un abuso– de reglas que constituyan una concreción de derechos fundamentales respecto de los cuales no podría hacerse un uso injustificado"<sup>45</sup>. En consecuencia, el esquema es el siguiente: un derecho fundamental se concreta en una regla, pero ésta se halla en contraposición a un principio.

La Constitución Peruana es tal vez la única que admite el abuso del derecho en una norma con ese rango normativo, y a través de la escueta fórmula: "La Constitución no ampara el abuso del derecho" (art. 103 *in fine*), lo que tiene dos consecuencias directas: i) aplicación del abuso en el ejercicio de los derechos constitucionales; ii) aplicación del abuso en el ejercicio de todos los derechos, sin limitarse al ámbito del Derecho civil.

---

efectúa respetando los parámetros que son consustanciales a la finalidad económica y social de ese derecho, y que se encuentran inspirados en el principio general de buena fe" (Finalmente, la Corte declaró infundada la casación, por lo que se mantuvo firme la sentencia que concedió indemnización por daño emergente a causa de la demolición del muro).

45 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Op. Cit., págs. 65-66.



El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en pocas oportunidades sobre el abuso del derecho, y en realidad, las más de las veces, lo hace para recordar que la interposición de demandas temerarias y sin ningún fundamento es un típico caso de abuso procesal. Por ejemplo, en la STC 00473-2007-PHC/TC, de 16/2/2007, se resolvió el caso de un hábeas corpus planteado para dejar sin efecto resoluciones en materia civil, lo es manifiestamente improcedente, por lo que se: “ha configurado la vulneración del artículo 103 de la Constitución, que proscribe el abuso del derecho. El abuso de los procesos constitucionales no solo constituye grave daño al orden objetivo constitucional sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así por cuanto al hacer un uso abusivo de los procesos constitucionales se restringe la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver la demanda de tutela de quienes legítimamente recurren a este tipo de procesos a fin de que se amparen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”. La misma doctrina sobre abuso procesal, con demandas temerarias, se aprecia en la STC 7624-2005-PHC/TC, FJ 19<sup>46</sup>, STC 2118-2005-PA/TC, FJ 3º y STC 01045-2008-PHC/TC, FJ 6º.

Nuevamente el Tribunal considera abusiva la conducta de una parte por su actuación al interior de un proceso (doble pago pretendido por el acreedor), como ocurre en la STC 000037-2012-PA/TC, FJ 68º: “la cláusula constitucional que proscribe el abuso del derecho, aplicada al ámbito de los derechos fundamentales, supone la prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas (...). Los derechos, pues, no pueden utilizarse de una forma ilegítima o abusiva, como ocurre en el presente caso, en que la empresa Telefónica S.A.A. pretenda obtener un doble beneficio por una misma causa, lo que a todos luces resulta inconstitucional”; no obstante, en puridad, tal situación no representa “abuso”, puesto que la conducta de cobrar doble es ilícita conforme a una regla de derecho, pues el acreedor solo tiene derecho a exigir la prestación, y no más de eso (art. 1220 CC).

En el ámbito laboral se ha establecido que la contratación temporal para obra o servicio específico exige indicar el hecho concreto que motiva el contrato; por tanto, según la STC 05859-2009-PA/TC,

46 El Tribunal Constitucional declara que un acto puede ser temerario o de mala fe cuando: i) a sabiendas se alegan hechos contrarios a la realidad; ii) se sustraiga, mutile o inutilice alguna parte del expediente; iii) se utilice el proceso con fines ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya la actuación de medios probatorios; v) por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo del proceso; y vi) por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

de 22/6/2010, FJ 7º: “Que el empleador pretenda desconocer los derechos laborales de sus empleadores por la mera invocación de las reglas de contratación por obra o servicio específico no puede ser un supuesto amparable desde la Constitución. Como se ha argumentado, la licitud de una conducta no se obtiene con el solo hecho de invocar una disposición legal, pues ésta no puede utilizarse de forma aislada ni en desconocimiento de los principios constitucionales”; empero, la falta de causa justificada para la contratación temporal no es conducta abusiva, sino falta de todo derecho.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el abuso del derecho es escasa, pero adicionalmente equivocada, pues el acto abusivo presupone la existencia de una regla permisiva, pero en la mayoría de los casos examinados la regla es desde su origen prohibitiva; por lo tanto, no puede hablarse de “abuso del derecho” cuando no hay derecho. La única salvedad son algunos casos de ejercicio abusivo del derecho de recurrir a la justicia (abuso procesal).

## 7. UNA HIPÓTESIS PARTICULAR DE ABUSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

La realidad sociológica revela con frecuencia el siguiente caso: A vende a B, luego B vende a C, y si bien el contrato entre A-B se declara nulo, empero, C mantiene su adquisición a pesar de la nulidad del título previo, pues se aplica la regla contenida en el art. 2014 CC, que se enmarca dentro de las hipótesis de “adquisiciones a *non domino*”, es decir, normas de protección de la apariencia, por lo que el derecho se transmite a favor del tercero (C), pese a que el enajenante no es el propietario (por nulidad del contrato A-B).

La duda que surge es si las normas de adquisición a *non domino*, o protección de la apariencia (arts. 194, 665, 948, 1135, 1136, 1372, 2014, 2022 CC, entre otras), son compatibles con la Constitución, pues todas ellas terminan despojando al verdadero titular del derecho, por lo que, en buena cuenta, este tipo de reglas protege la apariencia y desplaza la realidad jurídica, lo que solo puede justificarse excepcionalmente cuando la defensa del propietario (derecho fundamental) decae por obra de expresos límites constitucionales, como el abuso del derecho, basado en el ejercicio de los derechos subjetivos según los parámetros de la buena fe objetiva<sup>47</sup>.

47 La buena fe se conecta con la ratio o lógica interna de los derechos, y de esta forma se convierte en criterio delimitador de su contenido, así como en criterio limitador del



Los principios registrales son hipótesis concretas de protección de la apariencia, **de ámbito excepcional y de aplicación estricta**<sup>48</sup>, cuya finalidad es salvaguardar algunos actos de adquisición que se fundan en la confianza que produce en el tercero de buena fe la apariencia socialmente significativa que ha sido creada por culpa del titular originario del derecho. Cuando ambos intereses se ponen en la balanza, entonces la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple con la carga legal impuesta para la conservación del derecho.

Un caso concreto son las falsificaciones de instrumentos públicos, o la suplantación de identidad en escrituras, que, pese a ello, logran inscribirse en el registro, lo cual permite que un tercero pretenda adquirir confiado en dicha apariencia. Normalmente se ha sostenido que tales terceros son protegidos por el principio de la fe pública registral (art. 2014 CC), empero, **ésta es una interpretación que infringe la Constitución**, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad que forma parte del contenido del derecho de propiedad. En efecto, el propietario que sufre la falsificación es inocente frente a la apariencia que se ha creado por virtud de la inscripción de un título fraguado, pues obviamente el titular agraviado no es causante de la situación. Por lo tanto, ¿cuál sería la razón para despojar a este propietario falsificado si él es tan víctima como el tercero que confía en la apariencia registral creada por la falsificación? En tal caso, estaríamos simplemente expoliando a uno para terminar atribuyendo el bien a otro, casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido en forma alguna para crear la apariencia.

**La falsificación de títulos, aun cuando estén inscritos, no genera protección al tercero de buena fe, ni al cuarto, ni al quinto. La**

---

ejercicio en ejercicio de otros derechos o bienes constitucionales. Por su parte, el abuso de derecho se refiere a límites inmanentes del propio derecho que se deriva de la propia lógica. Véase con detalles: NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

- 48 La excepcionalidad queda patentizada en la siguiente cita: "como dice Rodrigo Tena, el artículo 34 LH (fe pública registral) no puede considerarse la clave del sistema de protección porque, o no entra nunca en juego, en cuyo caso es sobrero (como lo demuestra palpablemente el sistema francés), o si actúa mucho el sistema es una 'birria', porque significa que se está expoliando constantemente al *verus dominus*, que es lo que empieza a suceder en el sistema australiano": BRANCÓS, Enric. "El proyecto de nuevo artículo 9 LH". En *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 52, Madrid, noviembre-diciembre 2013, pág. 21.

razón es muy simple: si el propietario es inocente frente al fraude, y esa situación genera una indebida inscripción que engaña de buena fe al tercero, entonces tenemos dos víctimas que han actuado sin culpa alguna: el propietario falsificado y el tercero que confió en la falsificación. Si los dos sujetos se encuentran en la misma situación valorativa (inocencia), entonces hay igualdad de condiciones, por lo tanto, la primacía se inclina a favor del propietario falsificado, pues se trata del representante de la realidad jurídica, mientras que el tercero es representante de la apariencia; y en igualdad de condiciones, la preferencia favorece a la realidad, pues lo contrario implicaría que la apariencia (falsa) es mejor que la realidad, lo cual es absurdo, en cuanto ningún sistema jurídico de mínima racionalidad puede asentarse en fraudes o engaños. Solo de esta forma se respeta la garantía constitucional de la propiedad, pues la norma fundamental la considera "inviolable", por ende, nadie puede perder el derecho en contra de su voluntad, salvo que ese mismo propietario haya propiciado el engaño a tercero, lo que claramente no ocurre en este caso. Por lo demás, sería ilógico que la inviolabilidad consagrada por la norma fundamental se pudiese destruir tan fácilmente, y de manera deshonesta o arbitraria, como ocurre con una falsificación o fraude.

El sistema patrimonial no puede fundarse en la sobreprotección del adquirente de hoy, pero con la absoluta inseguridad a partir de mañana, pues en un primer momento el registro sirve para mantener la adquisición, incluso si se sustenta en una falsificación, sin embargo, en un segundo momento, ese mismo propietario, que se salvó del fraude anterior, puede ser afectado por una nueva falsificación. En resumen, hoy se gana, pero mañana se pierde, por lo que, en este sentido extremista, la fe pública registral carece de sentido.

Por lo tanto, si bien la fe pública registral no opera en los casos de ausencia de culpa del titular primigenio (ejemplo: falsificaciones o suplantaciones), sin embargo, sí se justifica cuando éste actuó con negligencia, por lo que dio origen a la situación aparente, con lo cual se confirman las líneas teóricas de la doctrina de la apariencia. Veamos dos casos:

**Primero:** A vende a B (inscribe), pero incurre en vicio de la voluntad, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien A declaró movido por error o por el dolo de la parte contraria (B), sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa, mayor o menor, cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por lo tanto, debe responder por el hecho propio que originó la



falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe C. Obviamente, la posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A. Es más, bien podría decirse que sin la conducta descuidada de A, jamás se habría producido la compra de C, por lo que A es causante de C, en consecuencia, se le debe imputar las consecuencias negativas de su propia acción. La protección de C es racional, pues lo contrario significaría premiar al descuidado A que produce un engaño a la buena fe de C, y que a pesar de ello terminaría siendo tutelado por encima de la víctima que él mismo creó a través de su error. La fe pública registral, que protege al tercero, está plenamente justificada en este caso concreto.

**Segundo:** A vende a B (inscribe), pero sufre lesión contractual, y luego B vende a C (inscribe). ¿Quién está en mejor posición? ¿A ó C? Si bien A declaró movido por el estado de necesidad del que se aprovechó B, sin embargo, debe reconocerse que la declaración de voluntad fue suya, por lo que incurrió en culpa cuando comunicó algo que no representaba plenamente su voluntad, por tanto, debe responder por el hecho propio que originó la falsa apariencia de convertir a B en propietario, lo que a su vez propicia el engaño al tercero de buena fe C. La posición jurídica preferente es la de C, pues su buena fe se valora positivamente en relación con la culpa de A, quien por negligencia suya, dio origen a la apariencia que engaña a C.

En buena cuenta, nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable tal consecuencia, sea porque originó, permitió o toleró la situación de apariencia que sirvió para engañar a un tercero que confió en ella. Es necesario que haya culpa del titular originario (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada "garantía de indemnidad" (art. 70 Constitución: "la propiedad es inviolable"). En efecto, **la indemnidad del propietario cede por efecto de la propia culpa del titular que permite la situación de apariencia**, lo que da origen a que un tercero incurra en error (común), confiando que el hecho aparente es real. En tal contexto, la tutela del derecho fundamental materializada en una regla pero de rango constitucional ("la propiedad es inviolable") cede por efecto de otra cláusula constitucional, que prohíbe el abuso, pues, efectivamente, nadie puede aprovechar su propia culpa o dolo para perjudicar a tercero.

Solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito estricto de su función y presupuestos (titular primigenio culpable frente al tercero de buena fe, lo que constituye abuso del derecho de propiedad), podrán ser compatibles con la Constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o interpretación, la hace devenir en inconstitucional. Por lo tanto, el art. 2014 CC es concordante con la norma fundamental, pero solo si se aplica a circunstancias excepcionales de tutela del tercero de buena fe cuya conducta se origina en la culpa o negligencia del propietario que hizo surgir una apariencia engañosa<sup>49</sup>.

#### 8. ABUSO DEL DERECHO: ¿LÍMITE INTRÍNSECO O EXTRÍNSECO DEL DERECHO?

El sistema jurídico en su conjunto, según Robert Alexy, se encuentra sujeto a la pretensión de corrección, lo que incluye las reglas, principios y decisiones de los jueces. En este sistema, las disposiciones jurídicas se dividen en reglas y principios, cuyas diferencias van más allá de cuestiones formales o incidentales. **Las reglas son normas que ordenan algo en forma definitiva**; son mandatos definitivos pues ordenan algo en caso se satisfagan determinadas condiciones; por ello son normas condicionadas, salvo los casos de reglas categóricas. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas; por ello, **los principios se definen como mandatos de optimización**.

El Derecho sometido a la pretensión de corrección no se reduce a la norma positiva, al mandato estatal, sino que se integra con la argumentación, esto es, con las buenas razones ordenadas lógicamente para arribar a la mejor solución del caso. Por su parte, los jueces, sobre quienes también se concreta la misma pretensión de corrección, se encuentran especialmente obligados a exponer una argumentación lógica, racional, fundada en la moral crítica, pero también en las normas, precedentes y dogmática, pues el Derecho tiene una base autoritativa, junto con otra ideal.

Una de las situaciones más comprometidas para el juez se presenta cuando debe resolver el conflicto entre dos principios o mandatos de optimización. Si por definición, los principios tienen naturaleza expansiva para aplicarse en forma generalizada e irradiarse por todo

49 Sobre este tema puede verse con detalle: GONZALES BARRÓN, Gunther. "Constitución y Principios Registrales". En *Revista Jurídica del Notariado*, N° 78, Madrid, abril-junio 2011, págs. 297-325, que se puede leer también en: [www.gunthergonzalesb.com](http://www.gunthergonzalesb.com)





el sistema, entonces se produce un serio problema cuando dos principios se enfrentan, pues obviamente uno deberá limitar al otro. Desde una perspectiva metodológica, en el caso de conflicto entre bienes constitucionales relevantes, no queda otra alternativa que reconocer la expansión de un principio con la subsiguiente exclusión del otro.

En tales casos, el juez deberá motivar esa difícil decisión; pero, ¿cómo hacerlo? ¿Con pura intuición? ¿Con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica expuestos desde la pandectística? ¿O con otra técnica más acorde a la naturaleza del problema? Alexy propone una argumentación racional crítica, a tono con la pretensión de corrección. En tal sentido, se habla del principio de proporcionalidad como medio para enjuiciar el conflicto de principios, que **se divide en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**.

Si los principios exigen la máxima realización posible, primero en el ámbito de las posibilidades fácticas, entonces se requiere un análisis de los subprincipios de idoneidad y de necesidad. Por este medio, se trata de impedir ciertas intervenciones sobre los derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios, lográndose de esa manera el óptimo de PARETO<sup>50</sup>.

Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, que es el campo propio de la ponderación, y se presenta cuando

50 “El principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos a uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir. Cuando un medio M que se crea para fomentar la realización del principio P1 no es apto para ello, e incluso perjudica posiblemente la realización del principio P2, entonces, no resultan costes para P1 ni para P2 si se deja caer M. Así, pues, en atención a las perspectivas reales, P1 y P2 pueden realizarse conjuntamente en un nivel más alto si se abandona M. Esto demuestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada sin que resulten perjuicios para otra. Lo mismo vale para el principio de necesidad, el cual postula que, de dos medios que acaso favorezcan igual de bien a P1, se elige aquel que afecte menos intensamente a P2. Si existiera un medio con menor intensidad de injerencia e igualmente idóneo, entonces, puede ser mejorada una posición sin que se ocasionen costes para la otra. La aplicabilidad del principio de necesidad presupone, sin embargo, que no haya un tercer principio P3 que sea afectado negativamente por el medio cuyo uso interferiría en P2 con menor intensidad. En esa coyuntura el caso ya no puede ser resuelto más con base en razonamientos que se apoyen en la idea del óptimo de Pareto. **Cuando no se puedan evitar costes o sacrificios, será necesaria una ponderación**”: ALEXY, Robert. “Derechos Fundamentales: Ponderación y Racionalidad”. En CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores). *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Madrid 2010, págs. 111-112.



juegan las reglas de desarrollo de los principios, o cuando se tienen dos principios en sentido contrario<sup>51</sup>. En este último ámbito, hay tres pasos para tomar la decisión que busque la corrección<sup>52</sup>:

- i. Definir el grado de afectación de uno de los principios.
- ii. Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- iii. Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Por ejemplo: una periodista se hace pasar por clienta de una esteticista y naturista, que la atiende en su gabinete profesional, sin embargo, la periodista graba la sesión con cámara oculta y luego se presenta un reportaje televisivo con tales imágenes, aduciendo que la citada esteticista ejerce la actividad sin contar con el título habilitante, lo que constituye un grave problema de salud pública. La esteticista plantea demanda contra dos medios televisivos, y, finalmente, el Tribunal Supremo la estima parcialmente pues considera que se ha producido una ilegítima intromisión sobre el derecho a la intimidad e imagen personal de la afectada, en cuanto el material difundido y el derecho a la información no justifica la intrusión; además, que era innecesario el método de cámara oculta para exponer los problemas de ejercicio sin titulación, y que, por último, no se requirió el consentimiento de la actora para emitir su imagen<sup>53</sup>. Los dos medios

51 “La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, es decir, del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización en relación con las perspectivas jurídicas. Es idéntico a una regla que se puede denominar ‘ley de la ponderación’, que reza como sigue: ‘cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro’. **La ley de la ponderación expresa que la optimización en relación a un principio en conflicto no se basa en otro, sino en la ponderación**”: *Ibid.*, pág. 112.

52 ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En *Íd. Teoría de la argumentación jurídica*, anexo, Palestra Editores, Lima 2007, págs. 458-460.

53 “El Tribunal Supremo no discute que el reportaje fuera plenamente veraz ni tampoco el interés general en informar de los riesgos del intrusismo profesional, pero estima que tales datos no eran suficientes para resolver el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. El Tribunal destaca que del reportaje no resulta con suficiente claridad que la actora ejerciera sin título la condición de fisioterapeuta; tampoco se aclara por qué fue ella la persona elegida para dar un ejemplo público de una práctica inadmisibles, sin que la condena anterior bastara a tal efecto. Considera igualmente que el material obtenido y difundido públicamente carecía de la relevancia necesaria para justificar el sacrificio de un derecho fundamental imprescindible en la vida de relación, y que el método utilizado para consumir la primera fase de la intromisión –la llamada cámara oculta– no



televisivos recurren en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que el derecho a la información veraz tiene prevalencia frente a los derechos individuales de la persona, en especial los derechos a la intimidad personal y propia imagen. La STC 12/2012, de 30 de enero de 2012 deniega los amparos, pues considera que la decisión del Tribunal Supremo es correcta. **Este es un típico caso de conflicto entre dos principios constitucionales, que requiere la ponderación.**

Respecto al juicio de ponderación, debe indicarse que los principios, en cuanto se trata de mandatos de optimización, se expanden a todo el sistema jurídico, por lo que la irradiación de uno choca con el otro; por ello, una parte alega un derecho fundamental (libertad de información), mientras la otra alega otros derechos fundamentales (intimidad, imagen). En estos casos, la clásica subsunción no es suficiente, pues los principios no son normas definitivas, sino abiertas, dúctiles, en la que difícilmente basta una regla lógica de aplicación; por lo tanto, se requiere de otro mecanismo racional para arribar a una solución aceptable. En este contexto, se encuentra el principio de proporcionalidad, como medio para resolver los conflictos entre derechos fundamentales<sup>54</sup>.

---

era imprescindible para descubrir la verdad de lo que acontecía en la consulta de la actora, habiendo bastado a tal efecto con realizar entrevistas a sus clientes. El Tribunal Supremo estima asimismo el motivo de casación basado en la infracción del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), en cuanto que la demandante en casación fue privada, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión televisiva, del derecho a decidir, para consentirla o impedirla, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico determinante de una plena identificación. Por otro lado, en cuanto que el reportaje se centró en la persona de la demandante, incluso emitiendo su imagen durante las manifestaciones de los invitados, la convirtió en elemento fundamental de la información, no cabe entender que se grabara y publicara una imagen meramente accesoria de la información a los efectos del apartado segundo del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982": STC Español 12/2012, de 30 de enero, antecedentes, acápite e.

- 54 En el ejemplo narrado en el texto principal, si bien los periodistas cuentan con amplia libertad de información, siempre que el asunto sea veraz y de interés general, sin embargo, ello no autoriza a vulnerar de modo desproporcionado los derechos a la intimidad y a la imagen propia. Por lo tanto, el derecho de información queda excluido cuando colisiona, en estas circunstancias, con otros derechos fundamentales. En buena cuenta, la restricción de un principio debe ser idónea para lograr que se cumpla la finalidad de otro principio, necesaria y proporcional. El derecho a la intimidad, aquí, es considerado preferente con relación a la libertad de información, pues para lograr la nota se ha necesitado de introducir una cámara oculta en un ambiente reservado, engañando al interlocutor sobre los fines de la atención médica; con lo cual se defrauda la expectativa legítima de mantener la privacidad de la que se goza en ciertos ámbitos. El derecho a la propia imagen



El principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

es también considerado preferente con relación a la libertad de información, pues se han aprovechado el rostro y la voz del interlocutor, a pesar que no se recabó su autorización; y es más, bajo la técnica utilizada, la idea era obviar el consentimiento del afectado.

Por su parte, la STC Español de 12/2012, de 30 de enero, FJ 4, señala lo siguiente: “Como hemos señalado reiteradamente, la especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que ‘no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático’ (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3). Sin embargo, la protección especial queda sometida a determinados límites tanto inmanentes como externos que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Entre los límites inmanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, FJ 3; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el art. 20.4 CE”.

Por lo tanto, el periodista tiene derecho para informar, e incluso con una especial protección: “De manera que, ‘solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate **está especialmente protegida** por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurada en un sistema democrático’ (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4)...” (STC Español 12/2012, de 30 de enero, FJ 4). Luego, la Alta Corte agrega que los periodistas tienen la libertad de hacer su trabajo, pues se trata de un derecho *prima facie*, pero que puede colisionar especialmente con los derechos de la personalidad, tales como la intimidad o la propia imagen, por lo que las técnicas periodísticas no pueden interferir ilegítima o arbitrariamente sin restricciones: “En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información, es cierto, como indica el recurrente en amparo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad (STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, F 34). Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo” (STC Español 12/2012, de 30 de enero, FJ 6); en el mismo sentido “el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección” (STC Español 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3), o “en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima” (STC Español 156/2001, de 2 de julio, FJ 4).

Por el subprincipio de idoneidad, la medida sirve para lograr los propósitos del principio A, pero ello implica, simultáneamente, interferir o restringir otro principio B. Sin embargo, si la medida afecta el principio B, pero en nada beneficia el principio A, entonces la conclusión es que tal medio solo produce perjuicio, y su eliminación en nada afectaría a uno u otro principio<sup>55</sup>.

La existencia de idoneidad en la medida interventora o restrictiva no prejuzga si ésta es necesaria y proporcional, pues se trata de requisitos distintos y sucesivos.

Por el subprincipio de necesidad, debe tenerse en cuenta que la medida que sirve a la consecución de los fines del principio A, también restringe en forma simultánea el principio B, por lo que debe evaluarse si el propósito buscado con A puede lograrse sin B o con una medida que restrinja en menor medida o grado a B<sup>56</sup>. En tal caso, la medida original no es necesaria y puede ser sustituida con ventaja para todos<sup>57</sup>.

55 En el ejemplo, la periodista grabó a través del mecanismo de cámara escondida una sesión con una esteticista en su gabinete profesional, con el fin de preparar un reportaje respecto a los servicios médicos sin titulación profesional, lo que representa un grave peligro para la salud pública. Esta medida busca obtener información que pueda ser relevante para el conocimiento del gran público y, con ello, sensibilizar a la población respecto de un tema que merece ser objeto de deliberación y debate dentro del ámbito político. En consecuencia, **la grabación con cámara oculta tiene como finalidad asegurar el derecho a la información veraz**; por lo que claramente se trata de un fin legítimo y serio, pero ello obviamente afecta otros derechos fundamentales.

56 La ponderación no se puede hacer sin argumentación racional. Sin embargo, algunos autores han criticado el excesivo desarrollo analítico del juicio de ponderación, que se traduce en fórmulas matemáticas. Así, por ejemplo, se dice que: "O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M' que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más —es más importante— que Y; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno se puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega solo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por lo tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas": ATIENZA, Manuel. "A vueltas con la ponderación". En Íd. y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra Editores, Lima 2012, p. 22.

57 En el caso, la pregunta sería si la cámara oculta puede ser reemplazada por un mecanismo menos invasivo para lograr el mismo fin de información, con análoga eficacia, pero sin afectar derechos fundamentales. La respuesta no es complicada: la información del medio televisivo quería llamar la atención sobre los peligros a la salud por obra de personas que engañan a los consumidores con títulos o especialidades que no tienen. Sin embargo, tal finalidad no requería el medio invasivo de una cámara oculta, pues hubiera bastado, por



ejemplo, con difundir el nombre de la persona o personas que ejercen actividades médicas con carácter informal, tal vez haciendo una llamada para concertar una cita o enfocando la fachada del local. Nótese que en cualquiera de esas hipótesis, el fin se cumple en la misma magnitud, pero no se afecta en lo absoluto los derechos fundamentales. **Por lo tanto, la conclusión es que la medida resulta innecesaria;** y para ello no basta invocar que la información es veraz o de interés general; pues ello no justifica la intromisión extraordinaria en la intimidad e imagen. En efecto, la intimidad protege el entorno personal o círculo íntimo del sujeto, así como las actividades que generan la legítima expectativa de reserva, por lo que se encuentran excluidas las miradas del público, pues de esa manera se cuenta con el soporte necesario para la autonomía individual y el resguardo de los fines o necesidades personales. Por su parte, el derecho a la imagen prohíbe la difusión del aspecto visual de una persona, con lo cual se logra el aseguramiento de la paz y tranquilidad de la persona. Pues bien, la introducción de una cámara, sin autorización de la otra parte, en un ambiente cerrado, constituye una interferencia que no resulta necesaria para la finalidad pretendida, pues en realidad existen múltiples medidas para presentar el mismo reportaje, con igual eficacia e intensidad, pero sin vulnerar derechos de terceros. La veracidad de la información no justifica que se utilice cualquier mecanismo de información periodística, cuando ello implica vulneración de los derechos ajenos; pues resulta obvio que el reportaje televisivo pudo presentarse sin tal afectación. Por otro lado, el interés general tampoco permite un medio invasivo de derechos fundamentales, salvo cuando tal acción sea necesaria, pero en este caso queda claro que no había tal exigencia.

Sobre el derecho a la intimidad, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido: “La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un ‘círculo íntimo’ en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestaciones de la vida privada”: STC Español 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.

Sobre el derecho a la imagen: “Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que ‘el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”: STC Español 12/2012, de 30 de enero, FJ 5, que continúa en los siguientes términos: “La sentencia impugnada (del Tribunal Supremo) valora correctamente los datos que concurren en la presente situación, y concluye con la negación de la pretendida prevalencia de la libertad de información. Conclusión constitucionalmente adecuada, no solo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva —la llamada cámara oculta— en absoluto fuese necesaria ni adecuada para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta) por las razones que antes hemos expuesto” (FJ 7).

Por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, cuando se encuentran en conflicto dos principios, entonces la medida que menoscaba uno de ellos debe satisfacer en mayor magnitud el otro. Para ello, se requiere: primero, definir el grado de afectación de uno de los principios; segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; tercero, definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción del otro<sup>58</sup>.

En este punto cabe recordar la noción de los “derechos *prima facie*”, bien conocidos en la teoría y filosofía del derecho, cuya antítesis son los “derechos absolutos”, esto es, el que no cede en ninguna circunstancia, por lo tanto, es prevalente en todos los casos; por el contrario, el derecho *prima facie* es aquel que otorga una prerrogativa, pero que puede ser superado por otro derecho en una circunstancia particular<sup>59</sup>. Bajo esta perspectiva, todos los principios, salvo el de dignidad, tienen la condición de *prima facie*, pues en determinada situación pueden ser derrotados por otro principio, por lo que dejan de aplicarse en el caso concreto. En el ejemplo anterior, tanto la libertad de información, como los derechos a la intimidad y a la propia imagen, son *prima facie*, pues uno puede terminar limitado por los otros, y viceversa<sup>60</sup>. En suma, los principios como mandatos de optimización dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, entran en

58 En el caso concreto, el grado de afectación del derecho a la intimidad e imagen es grave, pues la periodista grabó la sesión con la esteticista con una cámara oculta, creando ella misma la noticia, para lo cual invadió la esfera íntima de una consulta y captó la imagen de una persona sin su autorización, lo cual implica que se trata de una intromisión de máxima magnitud en los derechos fundamentales de la persona. Por el contrario, la satisfacción del principio contrario es mínima, sino inexistente, pues la libertad de información nada gana con un reportaje que tiene una connotación básicamente sensacionalista, en cuanto difunde una grabación oculta, que obviamente despierta el interés de la audiencia televisiva con fines coyunturales e incidentales de simple curiosidad o morbosidad, pero que en nada apoya ni mejora el nivel de la información. En consecuencia, **la satisfacción de la libertad de información, que prácticamente nada gana con la cámara oculta, obviamente no justifica la restricción de los derechos constitucionales afectados a la intimidad e imagen.**

59 “De este modo, los derechos pueden sobrevivir a conflictos entre ellos, aun cuando uno tenga que ceder ante el otro: el conflicto es un conflicto entre dos derechos que importan y no se resuelve eliminando uno de ellos, sino solo tomando una decisión sobre cuál de ellos importa más en la situación planteada”: MENDONCA, Daniel. *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Editorial Tecnos, Madrid 2003, págs. 53-54.

60 “Así, por ejemplo, **el derecho a la información no es un derecho absoluto, sino simplemente un derecho *prima facie***, porque en algunas situaciones es superado por algún otro derecho, tal como el derecho a la intimidad”: *Ibíd.*, pág. 53.



colisión con otros principios que también pretenden lo mismo, por cuyo mérito, el conflicto entre ambos determina que uno sea excluido; por tanto, los principios disponen algo, pero *prima facie*, pues las razones del principio opuesto lo pueden descartar<sup>61</sup>.

El conflicto entre principios diferentes es una hipótesis típica de limitación extrínseca del derecho, pues la restricción proviene de fuera. No obstante, los derechos también sufren de límites intrínsecos, lo que merece mayor detalle.

En efecto, los límites intrínsecos son aquellos que se encuentran al interior del derecho mismo, por lo tanto, son los presupuestos para que la prerrogativa se ejerza en forma legítima, entre los que se encuentra el abuso del derecho. Por su parte, los límites extrínsecos son aquellos que se encuentran fuera del derecho, extramuros de él<sup>62</sup>, específicamente el choque de principios contrarios que exige la técnica de ponderación para decidir cuál de las prerrogativas es preferente en el caso concreto, para lo cual se necesita un juicio de racionalidad.

**El abuso del derecho implica un típico límite interno que excluye una conducta determinada del ámbito estricto del derecho**, sea por contravenir su función social, ser contrario a la buena fe o por centrarse en ocasionar daño a terceros. La doctrina del Derecho civil se muestra conforme con esta distinción, pues el abuso del derecho es extraño a la "controversia entre dos antagónicos derechos subjetivos"<sup>63</sup>, lo que es hipótesis de colisión, pero no de ejercicio abusivo.

61 "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos*, sino solo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas": ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, traducción de Carlos Bernal Pulido, págs. 80-81.

62 "Los límites intrínsecos derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social. Dentro de ellos suelen diferenciarse a su vez los límites objetivos (que se desprenden de la propia naturaleza, de la misma realidad del derecho) de los subjetivos (que derivan de la actitud del sujeto titular y de la forma de realizar el propio derecho). (...) Los límites extrínsecos derivan de la propia existencia social y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten": FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Dogmática de los derechos de la persona...", Op. Cit., págs. 239-240.

63 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Abuso del derecho (art. 103 Constitución)", Op. Cit., p. 701.





## PRESENTACIÓN

1. Lo realmente apasionante en el estudio del abuso de derecho está en que pone en evidencia la existencia de diversas opiniones sobre los aspectos esenciales de la ciencia jurídica: se comienza por el concepto mismo de lo que es el derecho, su íntima relación con la moral, la realidad económica y social y, en particular, la ponderación de sus límites a la hora de su ejercicio, no siempre precisos, para finalmente destacar que su aplicación lleva implícito el **reconocimiento de facultades especiales por parte de los jueces**.

2. ROTONDI ("L'abuso di diritto", *Rivista di Diritto Civile*, 1923, pág. 116 y ss.), RESCIGNO (*L'abuso di diritto*, Milán, 1998, pág. 23), entienden con razón que uno de los aspectos más relevantes de esta figura consiste en que necesariamente en su aplicación se debe reconocer al juez, al menos excepcionalmente, **una función verdaderamente creativa del derecho en sentido material**. Vienen a la memoria frases del gran jurista FRANCISCO CARNELUTTI (*Arte del derecho*, Buenos Aires, 1956), cuando sostenía: "No os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ámbito jurídico se puede concebir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. El hecho de que en la escuela europea continental la figura del legislador haya sobrepujado en otros tiempos a la del juez es uno de nuestros más graves errores. **Es bastante más preferible para un pueblo tener malas reglas legislativas, con buenos jueces, que no malos jueces con buenas reglas legislativas**. No llegaré –continúa el autor– hasta el extremo de aconsejaros que repudiéis el derecho legislativo, pero tengo la conciencia tranquila al encomendaros que no abuséis, como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y, sobre todo, cuidado mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del juez, y de no atarle demasiado en corto las manos. Es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Sólo en contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y su sufrimiento, con su bien

y su mal, pueden inspirar una visión suprema que es la institución de la justicia”.

Nada mejor que estas frases de CARNELUTTI para demostrar la importancia de la misión del poder judicial en un momento muy particular de nuestra sociedad en el que su función ha sido lo injustamente cuestionada por intereses políticos del momento.

La consagración de la figura del abuso de derecho, como bien destaca RESCIGNO (*L'abuso del diritto*, Bolonia, 1998 pág. 22), supone una revalorización o reconsideración de la función judicial, lo que implica la labor interpretativa del derecho. Cuando el juez establece límites en el ejercicio del derecho cumple una función normativa en el sentido sustancial pues actúa dentro de lo que sus facultades y el ámbito de la norma le permiten. Determinar lo justo o injusto en cada caso exige una concreción de pautas generales que por la labor judicial permite que el derecho se adapte a la realidad y a las necesidades éticas, sociales y económicas del momento.

GIORGIANNI (*L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milán, 1963, pág. 43) entiende que la figura del abuso del derecho se delinea originariamente en el seno del derecho jurídico francés. Aparece como disciplina de la práctica jurisprudencial. **El abuso del derecho es una de las figuras que permite visualizar con claridad la importancia indiscutible que tiene la función judicial en todo Estado de Derecho cuando de lograr la justicia y el bien común se trata.**

3. ROTONDI (“L'abuso di diritto”, en *Revista di Diritto Civile*, 1923 pág. 116) llega a sostener que el abuso de derecho es un tema social más que jurídico y que la variedad de situaciones comprendidas lo hace un tema de difícil sistematización y comprensión, llegando a poner en tela de juicio con su aplicación la misma certeza del derecho.

En el estudio del abuso de derecho transitamos por una zona en la que el derecho se acerca especialmente a la moral y la consideración del bien social y el bien común, lo que causa cierta sensación de inseguridad que consideramos necesaria a la hora de dar respuesta a problemas y necesidades siempre nuevas y cambiantes. LEVI (*L'abuso del diritto*, Milano, 1993, pág. X), considera **imprescindible la figura del abuso de derecho en todo ordenamiento jurídico pues actúa como límite necesario en el ejercicio de los derechos y permite que la norma que da fundamento a éstos, se adecue a los cambios continuos exigidos por la nueva realidad socioeconómica y política.**

4. Autores como BERNAL (*El abuso de derecho*, Madrid, 1982 pág. 126) señalan que con el abuso de derecho no se lesiona el derecho objetivo sino la misma conciencia social, el conjunto de patrones de conducta en que se funda la convivencia de los hombres.

5. Ciertamente es que la determinación de lo que es abusivo no está tanto determinado por la norma, que se expresa sobre el tema en el mejor de los casos en términos generales, sino que lo abusivo, en definitiva, quedará claro por la calificación de ciertas conductas sociales y éticas que se asumen al ejercer un derecho. Se ha llegado a decir, por RESCIGNO (ob. cit., pág. 25) que el abuso del derecho se ha de ubicar en la "antecámara del derecho", o sea, en una etapa preparatoria, social o ética, que es de donde surge realmente lo que luego será considerado por el derecho como abusivo.

6. La problemática del abuso de derecho no está tanto en la interpretación de la dogmática jurídica sino en la debida ponderación de los hechos y circunstancias que determinan, por consenso social, qué es la conducta visible y cuál no, en atención a las circunstancias de tiempo y lugar.

Aparece como una realidad inevitable e insuprimible en todos los sistemas jurídicos, la figura del abuso de derecho dependiendo de la experiencia y las nuevas exigencias propias de la realidad social económica del momento.

A modo de ejemplo, en cierta época la resarcibilidad por abuso de derecho resultado de inmisiones por olores, ruidos entre vecinos, tenía poca importancia. En la actualidad el tema ha adquirido particular relevancia, a tal punto que sobre el aspecto se han establecido normas expresas, tratando de deslindar, entre otros aspectos, cuál es el ruido normal y tolerable para evitar situaciones de abuso.

7. El hombre como centro de la reflexión ética y la preocupación del derecho es en sí un valor superior que tiende, por naturaleza, a la realización personal y social. Como ser racional y social el hombre debe orientar sus acciones en atención al respeto de la naturaleza y del derecho natural. Su vida en sociedad exige respetar para ser respetado.

**La norma no es la causa sino el resultado de la ley moral y social.** El derecho como tal es proyección de la moral y si en su ejercicio se aparta de ésta, instrumentos como el abuso de derecho permiten la coordinación y coherencia entre moral y derecho en momentos límite.



La exigencia de que la norma y el derecho como un todo tiendan al bien común determina que el ejercicio del derecho no se pueda prestar para abusos.

La moral como fundamento y guía de derecho y como parte de la conciencia del hombre, marca hasta dónde es posible o no ejercitar un derecho.

8. Su figura es realmente trascendente no sólo por lo que venimos de exponer sino porque, en definitiva, en muchos casos opera como una **verdadera garantía** en el respeto de derechos no sólo patrimoniales sino, y especialmente de los derechos personalísimos.

9. El abuso de derecho tiene una **explicación histórica**, descrita muy bien por RIPERT (*Le régime démocratique...*, pág. 228) cuando presenta el abuso de derecho en sus orígenes como un medio de defensa contra el poder del Estado (monárquico), en épocas en que la doctrina individualista tuvo que salir en defensa de la persona por las extralimitaciones de los monarcas de turno. Opera en sus orígenes como un instrumento de defensa de los derechos para preservar el estado democrático.

Con la declaración de los derechos de 1789, con el Código Napoleón como punto de partida, podemos decir que comienza una verdadera transformación del derecho que propicia un individualismo que inspiró la esencia de muchos Códigos Civiles en el mundo, entre los cuales está el nuestro.

Podemos remarcar la importancia de la Revolución Francesa de 1789 en la consolidación de ciertos derechos esenciales como el derecho a la libertad, a la propiedad, a la seguridad... pero pronto se advertiría que estos derechos, planteados con la absolutez que se pretendía, se convertían en instrumento para fuertes injusticias dentro de la legalidad. **El abuso de derecho opera como una verdadera "contrarrevolución"** en el alcance que realmente debe darse a estos derechos, propiciando su relatividad y la necesaria contemplación de los fines sociales. No tiene sentido pensar en la persona como un ser aislado, solo en su individualidad, sino que se debe contemplar como formando parte de su naturaleza, el ser un individuo social. No tiene sentido pensar a la persona aislada con derechos. Sólo como ser social es un sujeto de derechos, siendo éstos no solamente para protegerla a ella sino para proteger la convivencia en comunidad y, en consecuencia, estos derechos se deben a una función social. Los intereses de la comunidad deben convivir y armonizarse con los in-

tereses individuales. La interdependencia social sustituye al concepto puramente metafísico del individuo como ser independiente.

En el siglo XX se maduran las importantes falencias de este individualismo y se encara la defensa de la persona como ser social. El derecho subjetivo del siglo XVIII dejó de enfocarse sólo desde el punto de vista individual y se enfoca socialmente.

Como bien dice DUGUIT (*Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, 1975, pág. 174) se pasó de un enfoque metafísico del derecho subjetivo a un enfoque realista, personalista.

Aquellos derechos que significaban sólo un poder ilimitado sobre cosas y de disposición sobre otras personas dejan espacio a la vigencia también de los derechos de quienes conviven con ellos en la sociedad.

Como ejemplo gráfico de lo expuesto podemos citar el texto del Art. 486 de nuestro Código Civil cuando establece que "el dominio (propiedad) es el **derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente...**". Este término da idea del individualismo reinante en la época de redacción de la norma. Hoy estamos muy lejos de poder disponer arbitrariamente de las cosas pues nuestra Constitución ha sido muy clara en el sentido de que, incluso, las cosas pueden ser expropiadas por razones de interés general (Art. 32 de la Constitución de la República).

La propuesta de concebir los derechos subjetivos limitados a una función (social) no es un sentimiento; y no es una doctrina, no es - como dice DUGUIT (ob. cit., pág. 581) ni siquiera un principio de acción. Es un hecho de la naturaleza, un hecho de la realidad susceptible de demostración en lo que es y debe ser el orden social. Las personas en sociedad coexisten unas con otras porque tienen necesidades comunes que satisfacer entre sí; tal es la solidaridad e interdependencia entre semejantes.

Por esto, **nadie tiene más derecho que el de cumplir con su deber. No hay tanto derechos individuales como funciones sociales que cumplir.**

10. **La economía capitalista del siglo XIX marcó otro empuje para el destaque de la figura del abuso de derecho en el ámbito jurídico** cuando se comienza a enfrentar el fuerte económicamente con el débil, con posibilidades de imposición y explotación injustificadas. El monopolio de hecho, la usura... ponían en evidencia abusos intolerables y la necesidad de marca límites.



En el ámbito contractual, y de la mano de la presencia iluminadora del principio general de la buena fe, se comienza a plantear la existencia de personas abusivas; de abuso de posición dominante en el mercado, o como se les denomina hoy, abuso de la relación de dependencia.

11. RESCIGNO (*ob. cit.*, N° 6, pág. 33) destaca la trascendencia de la **Doctrina Católica** en todo lo que es el ejercicio abusivo de los derechos, pues, a través de ella se impuso una visión solidaria partiendo de la idea de que la convivencia social exige preocuparse no sólo por el interés privado de cada uno sino por el bien de los otros en forma solidaria.

Desde otro punto de vista, el abuso de derecho adquiere relevancia en la **Doctrina de la Iglesia** en los casos de enfrentamiento del fuerte con el débil que se traducen en la explotación o en situaciones de iniquidad.

La “**cultura del abuso**” exige que el derecho y la sociedad impidan todo lo que pueda significar la explotación del débil por el fuerte. Los abusos de la cultura capitalista posmoderna hoy son dejados por una tendencia solidarista que apunta a la tutela del bien común. La doctrina de la Iglesia en materia de abuso de derecho queda en evidencia al desarrollar la doctrina de la propiedad limitándola al respeto de fines sociales e incluso, como ya viéramos, presentándola como una “hipoteca social”.

Aparece una visión social del abuso de derecho, estableciéndose límites en el ejercicio del derecho en miras al interés social y al bien común.

Comienza a tener particular trascendencia la figura del abuso no sólo en el ejercicio del derecho de propiedad sino, y especialmente, en los contratos y en los abusos que con éstos se pueden cometer a través de cláusulas abusivas incidiendo, inclusive, en la situación del mercado.

En el contexto de toda esta temática que se analiza en especial en la Parte III de estos estudios, configura una verdadera “cultura del abuso”, tendiente a priorizar el respeto de la dignidad humana.

El abuso de derecho adquiere especial relevancia cuando de ello puedan depender perjuicios para la persona humana y con su aplicación se busca un equilibrio de fuerzas y beneficios en atención al bien común. Así, el abuso de derecho cumple una importante función social ante la desigualdad y la explotación del débil.

12. Tanto la buena fe como el abuso de derecho, están consagrando algo importante, que muy bien denomina LEVIS (*L'abuso del diritto*, Milán, 1993 pág. 10) como **derecho a la realidad ante los excesos de formalismo jurídico**. De una buena vez es necesario dejar de lado las abstracciones ilusas kelsenianas y poner los pies sobre la tierra.

En esta verdadera revolución contra los formalismos exagerados se prioriza la consideración de la conciencia moral social y, particularmente, la ponderación de la realidad socioeconómica.

El derecho debe ser expresión de la realidad social y el derecho positivo es derecho en cuanto se adecue a esta realidad social.

13. El abuso de derecho permite una **necesaria transición entre lo abstracto y lo concreto**. Los juristas podemos ser partidarios de las formas, pues ellas por lógica nos transmiten cierta seguridad. Pero, en ocasiones, en estas formas se encubren realidades que nos llevan a ser testigos de graves injusticias que no es posible desatender. Los abusos aparecen normalmente en el plano de lo real, de lo sucedido en la práctica aunque en la forma pueda aparentarse normalidad.

**La vigencia del abuso de derecho aparece como un instrumento del ineludible proceso de adaptación del derecho a la realidad o facilitando el paso necesario de la forma a los hechos, permitiendo que aquella se ajuste a éstos.** Este enfoque no es opcional pues el jurista, como advierte FERRI ("*Antiformalismo, democracia, codice civile*", en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1968, pág. 354), no puede quedarse en el mundo de las formas, debiendo adecuar éstas al caso concreto. El derecho debe ser expresión de la realidad social y, en definitiva, el derecho positivo es tal en cuanto se adecue a esta misma realidad socioeconómica a la que responde.

14. El desarrollo de la teoría del abuso del derecho supuso **un verdadero progreso en la técnica jurídica** resultado de una labor doctrino-jurisprudencial realmente notable. Se dio respuesta a una ineludible necesidad marcada por la aplicación que en ocasiones se hace de la norma en forma ajena a los fines que justificaron su razón de ser.

15. Superada ya totalmente la propuesta doctrinaria que cuestionó su autonomía conceptual, **la figura del abuso de derecho como principio general del derecho se consolida como parte de la teoría general del derecho y se proyecta con firmeza en las distintas ramas del derecho.**

16. Todo derecho tiene un fin, una misión o causa que debe respetarse. Si el móvil particular **no coincide con el fin de la norma**, existirá abuso de derecho.

El abuso de derecho permite desenmascarar irregularidades, abusos, extralimitaciones, explotaciones, encubiertas en apariencias formales de normalidad.

17. Es esencial en todo sistema democrático la aplicación de institutos que limiten el ejercicio de los derechos compatibilizando la existencia de intereses contrapuestos. El orden jurídico debe garantizar la realización de los derechos reconocidos pues de ello depende el respeto de los valores esenciales a la convivencia humana y al sistema democrático. El abuso de derecho permite la correlación y coexistencia de los derechos individuales y sociales y la coordinación de los derechos y los principios generales.

18. **El abuso de derecho ha humanizado la relación jurídica.** Cierto es que la enfermedad kelseniana que no ve otro derecho que el que está en la ley, ha afectado de ceguera a muchos juristas que conciben una relación jurídica como un vínculo de dos sujetos y la norma: la norma faculta a uno y la norma le impone al otro, lo que, en definitiva, lleva a decir que el derecho es sólo la norma. Lo cierto es que hoy son cada vez más los juristas que constatan que los poderes y deberes considerados en forma abstracta, deshumanizan el derecho.

Precisamente, el abuso de derecho viene a cumplir una función inversa tratando de que el derecho no se aleje de la realidad, humanizando su aplicación, participando de la vigencia de valores y realidades sociales y económicas. La caída de mitos contractuales propios de esta abstracción, como el presuponer la igualdad y la libertad de los contratantes, ocurrió con el fin de humanizar las relaciones contractuales, encarando la realidad y reaccionando, precisamente, ante los actos en que, por falta de igualdad y libertad, se incurría en abuso de derecho contractual.

19. En el año 2005 con la publicación de la obra "Buena Fe Contractual" (con un magnífico Prólogo de Maestro José Luis de los Mozos hoy lamentablemente fallecido y a quien dedicamos estos estudios) iniciamos la fascinante aventura de entrar en el mundo de la buena fe en el derecho, lo que derivó en que luego, en una segunda etapa, ya en el año 2007, concentráramos la atención en la vigencia de este principio básico y fundamental del derecho en el ámbito contractual, presentando la obra "**Desequilibrio en los Contratos**" (pri-



**vados y públicos**) en la que vimos el desarrollo de la buena fe en sus funciones informativas (legitimante), integradora (jurígena); correctiva (adecuación); interpretativa, convertida en la médula de la vida de todo contrato.

En la obra que hoy se presenta, "**Abuso del derecho**" analizamos otra de las facetas de la buena fe como principio general y fundamental del derecho que refiere a su incidencia en el ejercicio del derecho (función de contralor) ya no sólo en los aspectos contractuales sino también en los extracontractuales. Ello con la peculiaridad de que analizamos la vigencia de este principio a través de la figura del Abuso de Derecho que, como cara visible por su innegable trascendencia práctica, requiere en nuestro derecho un análisis profundo que en el caso proyectamos en dos Partes.

La **Primera Parte** está dedicada a Generalidades, en la que se comienza con la presentación de nociones preliminares necesarias para la comprensión del alcance del tema, planteando, entre otros aspectos, el concepto mismo de derecho, de lo que es el derecho subjetivo; de la relatividad de los derechos; de la misma buena fe que permite acceder a valores y a los fines, como pautas delimitativas de la conducta debida concluyendo en el concepto mismo de ilicitud.

Luego del enunciado de antecedentes históricos del derecho comparado (con especial referencia al Derecho Argentino) planteamos la significación socio política de este instituto, su concepto, su consagración normativa, su naturaleza jurídica; sus presupuestos; las pautas de ponderación; diferencias con figuras afines; ámbito de aplicación; consecuencias... para concluir con nuestras opiniones y proponer un proyecto de ley para una futura reforma del Código Civil.

La **Segunda Parte** se dedica a la aplicación de los conceptos generales a las diferentes materias (interdisciplina) en las que la buena fe, a través del abuso de derecho, se proyecta en sus efectos como principio general de derecho.

Así, en el ámbito del **Derecho Civil** concentramos la atención del ejercicio abusivo de derecho de propiedad; del derecho a contratar (cláusulas abusivas); del derecho a retracto precontractual; del derecho de receso; del derecho a informar, del poder de representación, entre otros aspectos.

En el **Derecho Comercial**, prestamos atención al abuso del derecho de uso de la personería jurídica; al ejercicio abusivo de la posición dominante; al ejercicio abusivo del derecho a hacer publicidad,



del derecho a la competencia, del derecho de mayorías y minorías en las sociedades comerciales, entre otros temas.

En el **Derecho Procesal**, centramos la atención en el estudio del abuso en el ejercicio de las vías procesales y en el **Derecho Laboral**, estudiamos el ejercicio abusivo del derecho de despido y de huelga. Por último, en el **Derecho Administrativo** estudiamos el abuso del derecho proyectado a través de la figura de la desviación de poder.

Esta visión general acredita firmemente que el abuso de derecho se debe considerar como un principio general del derecho, que forma parte de la teoría general del derecho que, fundado en la buena fe, refiere a uno de los aspectos medulares del derecho como un todo.

*Dr. Gustavo Ordoqui Castilla*

*Profesor de Derecho Civil e Investigador Asociado*

*de la Facultad de Derecho*

*de la Universidad Católica del Uruguay.*



**PARTE I**  
**GENERALIDADES**



## 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

GHESTIN - GOUBEUX (*Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, París, 1983, pág. 613) destaca que el ejercicio sin control de los derechos configura una seria amenaza para la Justicia, que es, precisamente, el fin esencial del sistema jurídico.

El instrumento ideado por la doctrina y jurisprudencia para evitar estos posibles descontroles, es el abuso del derecho, y de allí la importancia práctica sustancial que le adjudicamos al instituto en análisis, no sólo para el derecho civil sino para todo el derecho.

En el estudio del tema están involucrados varios aspectos de orden técnico, jurídico, político y filosófico, que comienzan, como veremos, por el propio concepto de lo que es el derecho objetivo, el derecho subjetivo, la ilicitud... todo lo cual ha determinado que la vigencia de este tema tuviera la peculiaridad de desarrollarse entre intensos debates doctrinales, y la paciente y señera obra jurisprudencial.

**La vigencia de este instituto ha adquirido en la actualidad una particular importancia** en atención a las exigencias de una nueva visión filosófica y social acorde a los tiempos, en la cual el ser humano, la persona, ocupa una posición cimera en toda la construcción dogmática jurídica (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, 1992, pág. 3).

La admisión y la extensión de la aplicación de la figura del abuso del derecho refleja una más intensa vivencia, un arraigo mayor en la vida social del supremo valor de la solidaridad. Con acierto, y aquí la importancia del tema, PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 277) señala que en la doctrina contemporánea se advierte una tendencia bastante acusada a hacer de **la teoría del abuso del derecho uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual**. La comprensión de este instituto comienza por entender que no siempre que se causa un daño el autor contrae responsabilidad. El caso más evidente es el ejercicio del derecho propio dentro de lo protegido por el orden jurídico. El titular de un derecho ostenta el poder compuesto por un conjunto de facultades,



esto es, posibilidades concretas de actuación, y cuando se ejercen derechos aunque se causen ciertos daños, estos son lícitos y no generan responsabilidad. Pero en ciertos casos, la doctrina del ejercicio del Derecho Positivo se ha visto matizada por la denominada teoría del abuso del derecho que, como bien lo señala JOSSE RAND (*Derecho Civil*, t. 1, Buenos Aires, 1950, pág. 153 y 154), viene a decirnos que los derechos pueden ser utilizados, no en atención a un objeto cualquiera sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; no pueden ser ejercitados sin más, sino para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo; que en ningún caso puede ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, o de la voluntad de perjudicar injustificadamente a un prójimo; que no puede servir para realizar la injusticia, ni ser apartados de su vida regular.

Cierto es que la revolución francesa proclamó la existencia de derechos absolutos e irrestrictos que perduraron como tales por más de un siglo en el ámbito jurídico. Fue en el siglo pasado y principio del presente que las máximas revolucionarias comenzaron a debilitarse. Fue la jurisprudencia francesa la que tuvo la responsabilidad de abrir camino hacia un criterio más social en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Correspondió a JOSSE RAND y a SALEILLES elaborar una doctrina que constituyó una justa reacción contra el individualismo y absolutismo jurídico, propendiendo a una concepción más social del Derecho.

## 2. NOCIONES PRELIMINARES

Con carácter de nociones preliminares, comenzamos por efectuar ciertas precisiones terminológicas en lo que refiere al término abuso de derecho. Como bien lo ha destacado FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 88), **de lo que se abusa, en realidad, no es de un derecho sino del ejercicio que de éste se hace por acción u omisión.** Además, el fenómeno no es de derecho o de licitud, sino de ilicitud, dado que, como se verá, el abuso es un acto ilícito, en la medida en que el ejercicio del derecho se realiza apartándose de los fines o valores que se tuvieron en cuenta en su consagración, y que forman su misma estructura.

Conforme a lo ya expuesto, desde nuestro punto de vista, la comprensión del abuso de derecho presupone un entendimiento previo sobre lo que realmente es el derecho; el derecho subjetivo, y cómo se establecen los límites en el ejercicio de este último.



### A) ¿Qué es el derecho?

Nos preguntamos qué se debe entender por Derecho cuando nos referimos al abuso de derecho. Si sólo se concibe como el conjunto de leyes impuestas en la sociedad que permiten la coexistencia pacífica, estaremos haciendo un enfoque incompleto que dificultará entender el alcance real de la figura del abuso de derecho.

Sin entrar en mayores desarrollos doctrinarios, el derecho se debe realizar como una **realidad cultural integrada necesariamente por valores, hechos y normas que se relacionan e interaccionan mutuamente.**

Estos valores (vistos como fines) no son algo externo a lo que tiende el derecho sino que forman parte de éste, siendo inherentes a su ser, dando sentido y orientación a su vigencia y accesibilidad.

Los valores o los fines (éticos, sociales) como se dijera, no están fuera del derecho sino dentro, formando parte de su esencia misma.

No hay forma de entender el instituto de abuso del derecho si en carácter de noción preliminar, no tenemos muy claro qué es lo que se va a utilizar en forma abusiva: qué es el derecho. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la gran confusión que existe en doctrina y que, en ocasiones, aleja del entendimiento de la figura, parte de no aceptar una **noción realista del derecho** que suponga en principio compartir el **enfoque tridimensional**, considerando al Derecho como integrado por tres factores que interaccionan: la norma, la realidad social y económica y los valores o los fines a que tiende la aplicación del sistema jurídico (REALE, *Filosofía do Direito*, Brasil, 1957; RECASENS SICHES, *Filosofía del derecho*, México, 1958)<sup>1</sup>.

1 La consideración del derecho como valor, norma y hecho es hasta cierto punto un lugar común en el pensamiento jurídico actual y encontramos este enfoque en autores como REALE (*Filosofía do direito*, Sao Paulo, 1957, y *Teoría tridimensional do direito*, Sao Paulo, 1968). Para este autor, en el derecho se advierte una tridimensionalidad específica o intrasistemática consistente en sostener que los tres aspectos distinguibles en el derecho no son reivindicables en exclusiva por una disciplina o un grupo de ellas, con la eliminación completa de otras partes porque no pueden establecerse "cortes" o separaciones entre el valor, la norma y el hecho. La realidad jurídica, continúa el autor, integra en sí tres momentos ópticamente inseparables. El jurista no puede dejar de estudiar el derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos, aunque hayan de ser distintos los respectivos prismas o modos de investigación. Sin esa referencia a los demás, un hecho de la experiencia jurídica no podría ser lógicamente concebible como hecho jurídico (sería mero hecho social indistinto o indiscriminado), como norma jurídica (sería simplemente norma ética), ni siquiera como valor de interés para el mundo del derecho.

RECASENS SICHES (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1945 pág. 7), marca como signo del cambio en el derecho privado dos tipos de factores: nuevas doctrinas sociales y políticas, y la fermentación hirviente de los hechos en la crisis de nuestra época.

El desenvolvimiento del espíritu de justicia social ha sido uno de los factores más importantes, seguramente el principal, en las hondas transformaciones que ha tenido y sigue teniendo el derecho privado en nuestro tiempo.

Hoy no es posible ignorar que el derecho es un medio social para realizar aquellos valores y fines cuyo cumplimiento se considere indispensable en determinada sociedad. El derecho debe proporcionar seguridad en lo justo en miras a estos valores y el abuso de derecho es un instrumento que nos hace vivir esta íntima relación entre la norma, los valores y la realidad social.

Como bien dice el autor citado: **“no se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al derecho positivo. Se trata de otra cosa. Se trata de tener clara la función del juez y saber hasta dónde llega la ley y hasta dónde el derecho”**. El abuso del derecho pretende el respeto de los derechos dentro de la lógica de lo razonable (que no es lógica racional de tipo matemático), que sirve de ciencia pero no para resolver problemas humanos.

**En nuestro tema, preguntarse qué es el Derecho no puede considerarse de ninguna manera un innecesario ejercicio intelectual, sino que, por el contrario, es imprescindible para su comprensión.** En definitiva, de lo que se trata es de que los individuos que conviven en sociedad ejerciten sus derechos en forma legítima y no antisocialmente, o lo que es lo mismo que tiendan en la vigencia de los mismos al respeto del bien común que es el bien de todos y de cada uno.

En ocasiones, da la sensación de que la “teoría del abuso de derecho” tiene sentido para justificar los límites que el derecho, como norma, tiene en relación a fines o valores que están fuera o son extralegales. Por eso se plantea al abuso de derecho como disconformidad

---

RECASENS SICHES (ob. cit.) consolida este pensamiento cuando dice que en la realidad del derecho se dan recíproca e indisolublemente trabadas entre sí las tres dimensiones: hecho, norma y valores. El derecho no es valor puro, ni es una norma con ciertas características formales particulares, ni es un simple hecho social con notas peculiares. El derecho es una obra humana, social (hecho), con forma normativa, encaminada a la realización de unos valores.



del derecho subjetivo con valores que están fuera del ordenamiento jurídico. Este planteo no lo consideramos preciso pues, por lo ya dicho, estos valores no están fuera sino que están dentro y conforman parte de ese mismo derecho subjetivo. **Los límites del derecho no están fuera sino en su propia estructura, en su razón de ser.**

No es posible entender el abuso del derecho si por derecho sólo concebimos a la norma, y en ella se agota todo el mundo jurídico. En esta línea, y con este presupuesto, lo ilícito es sólo la transgresión de la norma, y lo abusivo no podrá estar más que en la transgresión de la norma, desapareciendo lo abusivo en lo ilegal. Sin embargo, como ya lo venimos afirmando desde el año 1974 (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho judicial extracontractual*, Montevideo, 1974, pág. 21), **el derecho es un fenómeno cultural**, y pertenece a una realidad humana constituida en la convivencia de las personas en sociedad. La esencia del derecho no se agota en algo ideal, como es una norma jurídica, sino que se integra, depende e interacciona con la realidad para la cual la norma fue creada.

Así, los valores jurídicos y la realidad socio-económica son elementos inherentes a la esencia misma del derecho. No están antes ni después sino que conforman su misma realidad. No son meta-jurídicos, sino que son esencialmente jurídicos, entre otras razones, porque es la misma norma la que se remite a ellos (arts. 1284, 1291 inc. 2º del C.C.). Así, los actos que se aparten de estos valores son ilícitos.

**El grave error en algunos planteos sobre la teoría del abuso del derecho estuvo en pensar el problema con "lentes negros", y anquilosarse en una postura formalista o normativista que entiende a los fines, a los valores, como colocados fuera del derecho;** o que son una materia de la forma, presentada la primera como algo diverso de la segunda.

R. VIGO ("Consideraciones ius-filosóficas sobre el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, pág. 312), con acierto detecta ciertas trabas que generalmente impiden visualizar el alcance y el significado del abuso de derecho:

- a) Si se desvincula el derecho de lo justo;
- b) Si pensamos que lo justo o lo jurídico es sólo lo que surge de la ley;
- c) Si el único valor que se debe proteger es el individual, sin importar la relación social;
- d) Si el derecho es sólo la ley y los jueces lo único que deben hacer es aplicar la ley.



Estos errores de preconcepción, marcan grados de ceguera que pueden impedir la comprensión del instituto en estudio.

No se entiende el concepto de abuso de derecho desde un enfoque individualista, egoísta, aislando al ser humano de su entorno social. **El abuso de derecho cobra forma en las instituciones jurídicas cuando el fenómeno jurídico se plantea desde un enfoque jurídico personalista**, donde se coloca a la persona no solamente en su individualidad sino como existente en, y formando parte de un entorno social, y la existencia de derechos subjetivos absolutos va perdiendo pie en la medida que los derechos solamente pueden ejercitarse en convivencia pacífica con los demás integrantes del núcleo social.

**Lo peor que hay para un científico es usar un microscopio que no enfoca bien y que no muestra la realidad.** Lo peor que le puede suceder a un jurista, es estudiar derecho fuera de foco, sin conocer su verdadera dimensión. El derecho, por lo que ya dijimos, no son sólo los valores, ni sólo la realidad económica y social, ni sólo la norma. Desde el año 1974 (o sea, hace casi 35 años), venimos proponiendo una visión tridimensional del derecho que presenta una explicación global, integrada, interdependiente, interactiva que concibe a la norma, los valores y la realidad socioeconómica, integradas entre sí.

Un motor no es sólo piezas sueltas, una carcasa armada, sino que es todo: piezas, carcasa, complementación a la carrocería y funcionamiento activo.

Para Kelsen, lo jurídico es sólo lo normativo y éste fue un grave error de enfoque. **La calidad de jurídica de una conducta no depende de la regulación expresa sino de la calificación que de ella se pueda hacer de cara a todo el orden jurídico.** Porque no esté expresamente regulada no es meta-jurídica.

Recordamos que en el art. 10 inc. 2º de la Constitución se dispone: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Toda conducta humana es jurídica pues, de cara al art. 10, está permitida o prohibida sin necesidad de texto expreso. Además, aun sin norma expresa, el juez igualmente debe fallar (art. 15 del C.C. y 25 del C.G.P.).

En otro orden, los derechos personales no son sólo los legalmente expresados sino todos los que derivan de la dignidad de la persona (artículos 7 y 332 de la Constitución de la República), lo que implica que la labor judicial legítimamente puede ir mucho más allá de lo expresado por la norma.



El abuso del derecho humaniza y personaliza al sujeto en su realidad social y ética. Con su aplicación la moral entra al derecho y se convierte en tal mediante ventanas abiertas que le deja el propio Código Civil en figuras como la buena fe y sus derivados, el abuso del derecho, entre otros<sup>2</sup>.

**El abuso de derecho es uno de los síntomas más claros de que:**  
**a) el hombre es más que su individualidad, es persona y tiene una dimensión social que le es inherente; b) el derecho es algo más que la ley. Es la norma y los valores que la inspiran, y la realidad. c) El fin del derecho no es sólo la protección del individuo sino de la persona en su realidad social, en vistas a su función solidaria en pos del bien común.**

**B) ¿Qué es derecho subjetivo?**

*a) Presentación del tema*

Importa tener claro los conceptos de derecho y de derecho subjetivo pues el abuso de derecho, antes de llegar a ser tal, parte del ejercicio de un derecho subjetivo. **La esencia del abuso de derecho está precisamente en el cómo y cuándo se ejercitan estos derechos.**

*b) Concepto*

Mucho se ha opinado sobre la esencia del derecho subjetivo presentado por unos como un poder de la voluntad (SAVIGNY); como interés jurídicamente protegido (IHERING); como poder de la voluntad concedido para la protección del interés (JELLINEK).

El derecho subjetivo es una facultad que se puede ejercer por la sola decisión de la persona que puede utilizarlo en defensa de sus intereses, en la medida en que el orden jurídico se lo permita, y siempre que se actúe de buena fe y no se dañe injustamente a terceros.

Se debe enfocar el derecho subjetivo no sólo "desde adentro" (interés o facultad jurídicamente protegida) sino "desde afuera", o sea, ponderando cuidadosamente los límites de su proyección respecto de terceros y la misma sociedad, zona donde, precisamente, es posible constatar la abusividad.

VIDAL TACHINI ("El derecho subjetivo", en la obra *Derecho Privado* en homenaje a BUERES, Buenos Aires, 2001, pág. 120) entiende que la

2 DEL VECCHIO (*Filosofía del derecho*, t. I, México, 1948, pág. 122) señalaba que existen zonas en las que el derecho y la moral se sobreponen o exigen mutuamente. En esencia, el abuso de derecho es un límite ético jurisdizado. Un área donde el derecho y la moral se sobreponen e integran mutuamente.

famosa definición de que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos no caracteriza la esencia del derecho subjetivo sino su finalidad.

DABIN (*El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, pág. 91 y ss.), sostuvo que el derecho subjetivo no es en sí mismo ni interés (goce en el sentido de provecho), ni voluntad (ejercicio en sentido de acción o puesta en obra), y no pudiendo resultar de la combinación de los dos elementos, rechaza la teoría mixta porque de dos negaciones no puede resultar una afirmación. Sostiene el referido autor que el primer aspecto del derecho subjetivo es la **idea de pertenencia** pues supone un bien o valor ligado al sujeto (persona) por un lazo de pertenencia consagrado por el derecho objetivo, lo cual hace que la persona pueda decir que ese bien o valor es suyo.

El segundo es **el poder**, más precisamente, de dominio inseparable de aquel que implica un poder de libre disposición de la cosa objeto del derecho, con las limitaciones o cargas que resulten de la ley o de la voluntad del titular que se auto-limita, ejerciendo su propio dominio.

Esto frente al sujeto, porque frente a otros, el derecho subjetivo constituye **alteridad**, significando uno o más sujetos diversos por cuando el derecho de uno tiene por objeto la obligación de otro, lo que se logra por la inviolabilidad (no hay derecho subjetivo sin la correspondiente obligación de respeto a ese mismo derecho) y la exigibilidad (el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no, en virtud de su mismo derecho, de disposición, de exigir el respeto, la no violación del derecho), las cuales se garantizan por la protección jurídica que origina el derecho de acción, todo lo cual permite definir al autor citado al derecho subjetivo como "la prerrogativa concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada por vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce le pertenece, bien como suyo bien como debido".

VIDAL TACHINI (*ob. cit.*, pág. 126) entiende que en el mismo concepto están el poder y el deber como elementos de derecho subjetivo, pero no son el fin del derecho, que no es otro que el de servir a la satisfacción de los intereses humanos.

El reconocimiento u otorgamiento de los derechos es efectuado principalmente en consideración a un fin que contempla el bien general más que al bien particular pero tomando en cuenta la significación inmediata para las personas a quienes son destinados, lo cual es virtud del derecho objetivo ante la existencia de los hechos.



NOVAROS («Evolution récente de la notion de droit subjectif», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1996) presenta al derecho subjetivo como una prerrogativa reconocida por el orden jurídico a un ser humano en cuanto persona y miembro de la sociedad, que le permite desarrollar un actividad útil para él mismo y el bien común.

De esta forma, **el derecho subjetivo es una situación jurídica que se caracteriza por un poder hacer algo útil para la persona y la sociedad, garantido y respaldado por el orden jurídico.**

Es el derecho objetivo el que garantiza intereses y valores esenciales de las personas, y éstos no están dentro del derecho subjetivo sino que están fuera de él, y a ellos y a su logro tienden tanto el derecho objetivo, al consagrarlos, como el derecho subjetivo, que permite el actuar en pos de ellos (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. I, pág. 16).

**En el logro de estos fines o intereses está la razón de ser tanto del derecho objetivo como del subjetivo, y son ellos los que marcarán luego el acierto o el error que se pueda causar en su aplicación o ejercicio<sup>3</sup>.**

**El derecho subjetivo tiene por finalidad satisfacer intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.** Como destaca NOVAROS (ob. cit.), hay derechos subjetivos que existen por imperativo del derecho natural, que son los derechos personalísimos.

Es precisamente el buen funcionamiento de la organización jurídica que lleva a reconocer ciertos derechos subjetivos como inherentes a la persona.

El derecho subjetivo es el poder hacer algo por sí mismo, o poder exigir que otro lo haga. Este derecho se ejerce cuando se pone en práctica el efectivo uso del poder por su titular. El ejercicio de este derecho se puede dar por la puesta en práctica de alguna de estas facultades, sea en forma directa por su titular, o a través de acciones judiciales.

3 Este enfoque deja atrás la propuesta individualista de concebir al derecho subjetivo sólo como un poder omnipotente del individuo, que se ejerce con prescindencia de la realidad social en la que éste está inmerso.

El derecho subjetivo se funda en las reglas de derecho que son las que establecen cuándo la persona tiene un poder tutelado por el orden jurídico. El hombre actúa, como bien destaca DE ANGEL YAGÜEZ (*Una teoría del derecho*, Madrid, 1993, pág. 313), movido por el interés, y éstos pueden ser intereses simples o intereses jurídicamente protegidos. Estos últimos se satisfacen por los derechos subjetivos.

En nuestra opinión, para entender la figura del abuso de derecho es necesario tener una visión dinámica de lo que es realmente el derecho subjetivo, no como la mera protección de un interés individual en forma aislada sino como la tutela de un interés social y, por tanto, el derecho subjetivo aparece funcionalizado y no como un poder individual arbitrario.

Como bien anota PERLINGIERI (*El derecho civil en la legalidad constitucional*, Madrid, 2008, pág. 615), en el orden jurídico moderno el interés es tutelado (como derecho subjetivo) no sólo en cuanto conforma un interés del titular sino también en cuanto se contemple el interés de la colectividad. El derecho subjetivo nació para expresar la protección de un interés individual y egoísta, pero este enfoque se debe complementar o “aggiornar” hoy con la exigencia de la cuestión social requerida por la Constitución cuando, por ejemplo, al referir al derecho de propiedad en su artículo 32, lo consagra pero debiéndose respetar los límites impuestos o las razones emergentes del interés general.

Así, la nómina de intereses a contemplar en el ejercicio de derechos subjetivos no son sólo los individuales sino también los generales o sociales, debiéndose realizar un equilibrio y balance de valores a instrumentar (ver sobre el tema: LATORRE, *Disaventure del diritto soggetivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1969, pág. 369 y ss.).

En concreto, para detectar el abuso no siempre debemos limitarnos a considerar derechos subjetivos sino que se debe, además, considerar intereses legítimos en controversia, aunque no hayan asumido la forma de derechos subjetivos.

**Cierto es que el ejercicio de un derecho tiene sus límites.** Los mismos son: a) **naturales**: surgen de la propia ley o de la norma; b) **temporales**, que es el caso de que la norma regula cierta duración limitando el ámbito de vigencia de los mismos a través de institutos tales como la caducidad o la prescripción. Esto supone que el titular del derecho no puede ejercerlo luego de no haberlo utilizado dentro de determinado plazo establecido por la ley; c) están, por último, los límites **institucionales**, o sea, los que surgen de la misión social que debe cumplirse con ese derecho. Los derechos subjetivos sólo pueden ser ejercidos por un motivo lícito y dentro de los fines establecidos por la norma, apareciendo en escena la figura del abuso de derecho precisamente, para marcar la extralimitación a los límites institucionales.

En realidad, desde nuestro punto de vista, muchos de los denominados límites externos o institucionales no son tales, pues lo que existe

es una situación jurídicamente tutelada que, de por sí, cuenta con un ámbito limitado por el orden jurídico. No son límites que actúan desde lo externo sino que marcan la esencia de su función y de su propia naturaleza. Los derechos subjetivos a la hora de su ejercicio deben ser controlados para evitar abusos de derecho o excesos de poder.

*c) Relación jurídica: derecho subjetivo y deber*

El derecho tiene por función la protección de la persona en sus valores esenciales (ejemplo: la integridad psicofísica, su libertad, etc.) y además regula la interrelación o coexistencia social de estas personas marcando, precisamente, hasta dónde llegan los derechos y comienzan los deberes. El derecho luce cuando es necesario proteger o limitar el derecho o los actos de unos en su interacción con otros. Así, el derecho tiene sentido porque la persona es un ser social y regula su dinámica existencial e interrelacional.

Se está ante una relación jurídica, según DEL VECCHIO (*Filosofía del derecho*, México, 1948, pág. 313) cuando varias personas están vinculadas de forma que unas pueden exigir de las otras lo que éstas deben hacer.

**Aquí entran en juego los derechos subjetivos y los correlativos deberes u obligaciones.** El derecho subjetivo aparece como una facultad o prerrogativa que el orden jurídico confiere al titular del derecho para ejercitarlo conforme a lo que él legitima.

Es tradicional presentar al derecho subjetivo como el interés jurídicamente protegido (IHERING) del titular del derecho<sup>4</sup>.

No tiene sentido idear un derecho subjetivo como absoluto en su individualidad exclusiva cuando el propio Estado de Derecho regula cómo puede y debe ser ejercido ese derecho en atención a los derechos y deberes de los demás.

En el derecho subjetivo corresponde diferenciar: a) **un poder**, consistente en la posibilidad de querer o hacer según lo marca el derecho y dentro de sus límites.

4 El cuestionamiento lógico de este planteo pasa porque, en definitiva, no es más que un enfoque individualista que, como bien anota FERNÁNDEZ SESSAREGO (*El abuso del derecho*, Buenos Aires, 1999, pág. 59) presupone al derecho sólo en su concepción individual con absoluta presidencia del interés social; del derecho o del interés de otro. Se presenta al derecho subjetivo como un absoluto, sin límites ni confines, lo que, como bien destaca el autor citado, no es exacto si se concibe al derecho como realidad intersubjetiva, como seres humanos en relación de "alteridad".

b) Además forma parte de este derecho la **pretensión o protección**, que consiste en la posibilidad de exigir el respeto del ejercicio de este poder, recurriendo, de ser necesario, a los órganos del Estado.

Los limitantes en el ejercicio de derechos subjetivos pueden derivar de diversos aspectos: a) de las características personales del propio acreedor o deudor. Ejemplo, superada cierta edad, no se puede manejar; b) los derechos de terceros; c) el bien común; d) la moral social; e) circunstancias no directamente personales sino vinculadas al lugar, tiempo, etc.

### C) Relatividad del ejercicio de los derechos

#### a) Presentación del tema

En la obra de JOSSERAND (*Del espíritu de los derechos y su relatividad*, México, 1927), se parte de la idea de que los derechos no se pueden ejercer de cualquier forma sino que deben ejercerse con prudencia, sin causar daños injustos, respetando los fines para los que fue concebido.

La visión de los derechos como algo absoluto propia de la revolución francesa o la visión meramente formal del derecho pierde vigencia y, en su lugar, se prioriza la vigencia de intereses sociales serios y del mismo bien común. Se pasa a asumir que el derecho es algo más que forma y responde a un fin que se debe acatar en su ejercicio.

Este cambio de enfoque responde, además, a un ajuste sustancial en la metodología de estudio del derecho. Como ya dijimos se asume que éste es algo más que las meras formas y que debe considerar los fines y valores que justifican su razón de ser.

No se trata aquí sólo de cuestionar la absolutez de ciertos derechos, como fueron pretendidos en el siglo XVIII, sino que la propuesta de esta doctrina va más lejos. No alcanza con decir que el derecho no se puede ejercer arbitrariamente, en un enfoque negativo sino que, por la positiva, se debe decir que su ejercicio debe estar orientado también a un fin social.

Desde el punto de vista metodológico, se exige considerar el fin de la norma (la función) y el móvil (personal) lo que supone un cambio de método. No nos quedamos sólo en la ley, vamos más allá en la búsqueda del concepto del derecho como realidad integrada de norma, valores y hechos. No es posible encontrar en la ley la nómina de los límites y dentro de cuáles cada derecho en determinadas circunstancias debe ejercerse.



**La teoría de la relatividad y los institutos en ella formados tiene por fin no sólo lo social sino flexibilizar la norma en su encuentro con la realidad, lubricando posibles roces entre la ley y la coexistencia social.**

Los derechos subjetivos sólo se conciben en relación a intereses protegidos por el orden jurídico y por ello son relativos.

En el ejercicio del derecho se puede actuar conforme al fin; sin un fin serio o bien, con un fin ilícito. Cuando necesitamos cierta acción para obtener un fin y lo hacemos dentro de lo previsto por el orden jurídico, ejercemos un derecho o una libertad.

Ello supone ejecutar actos para los cuales nos faculta el contenido de ese derecho. Según el enfoque individualista este derecho confiere facultades para ser ejercidas en forma libre y discrecional con el fin que cada uno quiera, sin límites.

Si se daña en el ejercicio de un derecho no se resarce, pues se actúa dentro de lo lícito: "quien ejerce un derecho a nadie puede ofender".

Este concepto absolutista es propio de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. El individuo en ese momento necesitaba ser protegido en su ser, contra los abusos de la monarquía. Era necesario mirar al hombre mismo pues éste era agredido en su individualidad.

Este enfoque absolutista del derecho hoy ha sido prácticamente abandonado, salvo casos excepcionales. **El derecho no se realiza o ejercita en el vacío sino en un medio social, en una comunidad organizada donde se debe proteger que cada derecho sea usado para el fin o función para el que fue creado.**

Corresponde advertir que la relatividad de los derechos está marcada no sólo por el fin propio de ese derecho sino por los derechos que pueden legítimamente invocar los terceros.

*b) Límites en el ejercicio de los derechos subjetivos*

La conciencia de la dimensión social de la persona y la necesidad de proteger a otras en el momento en que se ejercen los derechos determinó que se planteara la conveniencia de marcar límites dentro los cuales el ejercicio del derecho es lícito y cuándo no lo es. Más allá de que la norma no marca expresamente límites, el ejercicio del derecho subjetivo, en esencia, no suele ni puede ser absoluto (salvo excepciones).

Estos límites pueden ser internos y externos.

**Internos** o naturales parten de considerar el fin o la función del derecho en su propia estructura y por su razón de ser.

**Los fines externos**, pero dentro de lo jurídico, están marcados por la vigencia plena de la buena fe, la equidad, el orden público, las buenas costumbres, los criterios de lo razonable y lógico en consideración de las circunstancias del caso.

**Advertimos que todos estos límites que indican la relatividad de los derechos surgen del derecho y no son meta jurídicos**<sup>5</sup>.

En muchos casos **la determinación de la abusividad va a depender de la comparación de los intereses es el juego y la determinación de la prioridad de uno sobre el otro**. A modo de ejemplo, el derecho de disfrutar el predio A, y el derecho de escuchar música en el predio B, determinarán que se enfrenten el derecho a la tranquilidad con el derecho a escuchar música. Pues bien, cómo es que se pretende escuchar esta música? ¿Cuáles son sus decibeles?. Se contrapesa la forma como se ejercen estos derechos con el otro derecho del titular del predio a vivir con tranquilidad, y se sopesa la tolerancia debida con el ejercicio debido de los derechos entre sí.

El límite interno marca la abusividad con un criterio comparativo de los intereses que se cruzan, debiéndose priorizar el que se ejerce con regularidad y normalidad.

LORENZETTI (*Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, 1995, pág. 81), refiriendo al tema de los límites en el ejercicio del derecho, con acierto destaca algo muy importante y que ayuda a comprender la dinámica del abuso de derecho que consiste en destacar que **los valores operan como fundamento del ordenamiento jurídico y como límites en su ejercicio**. Estos valores en realidad son normas materiales básicas que respaldan a las normas jurídicas, siendo refe-

5 En esta línea de pensamiento BUSTO LAGO (*La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998 pág. 279), señala que junto a los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos, constituidos tanto por los que provienen de las específicas previsiones legales como por los que provienen de la incompatibilidad en el ejercicio de los mismos frente a otros derechos, están los límites **intrínsecos o implícitos**, que forman también parte del mismo derecho subjetivo, marcados por su integridad.

El fin debe ser legítimo y para determinar esta legitimidad se debe comparar el interés que está el juego con el ejercicio del derecho y el interés afectado del tercero y los lesionados: ¿allí se debe determinar qué interés se prioriza?.



rencia última de su validez en el deslinde de su posible ejercicio. **Los valores no están afuera, arriba o abajo del ordenamiento jurídico sino que están dentro del mismo, ocupando lugar en su propia estructura.** Los valores tienen por misión operar como finalidad crítica y orientadora de la actuación jurídica, indicando los fines principales y consecuentemente, los límites posibles en su ejercicio. De esta forma, la importancia de estos valores, como lo destaca el autor citado está en que fundan y limitan. O sea, dan respaldo al proceder dentro de lo correcto y marcan cuándo se sale de lo admisible<sup>6</sup>.

De lo expuesto surge, como criterio general, que **los derechos subjetivos confieren a su titular una situación de poder, pero que no es absoluto, sino que se encuentra limitado por los fines o valores para los que fue conferido ese derecho.**

Para que el ejercicio de un derecho sea legítimo o lícito debe desarrollarse dentro de ciertos límites que podemos clasificar en extrínsecos o formales e intrínsecos o materiales.

En el primer caso, lo que se debe controlar es que no se lesione el derecho de otro o una norma que tutele los intereses de un tercero.

En el segundo caso, al controlar los límites intrínsecos o materiales, debemos ponderar que no se ejercite el derecho en forma irracional e injustificada o fuera de lo que fue el fin para el cual se confirió el derecho (JOSSELAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, México, 1946, N° 737).

#### D) Finalismo: humanismo y moralización del derecho

VON IHERING (*El fin del derecho*, Granada, 2000, pág. 3) partiendo de la teoría de la razón suficiente considera que nada acontece por sí mismo sino que todo ocurre porque algo lo causa (ley de la causali-

6 La primera forma de encarar y comprender el abuso de derecho parte de considerarlo como un límite genérico impuesto al ejercicio de los derechos subjetivos, concentrándose entonces la discusión en determinar de dónde surgen o cómo surgen estos límites genéricos dentro de los cuales es posible ejercer el derecho subjetivo. LARENZ (*Derecho Civil, Parte general*, Madrid, 1970, pág. 196) comienza por señalar que **en principio no cabe concebir un derecho que no esté limitado de alguna forma** o sea que no existirían derechos ilimitados que se podrían ejercer desde cualquier forma o desde cualquier momento. Los límites del ejercicio del derecho surgen de su propio contenido y están basados en principios generales válidos y aplicables para todos los derechos subjetivos, el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para lograr la realización personal y comunitaria. DIEZ PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1984, pág. 442) entienden que todo derecho tiene ciertos límites naturales en su ejercicio los que están enraizados en la propia naturaleza de cada específico derecho.

dad). Esta ley existe también para la voluntad, que actúa porque algo la determina, que es el fin o el interés que se busca (ley de la finalidad). **No existe ningún efecto sin causa y ninguna acción sin fin.** La voluntad no depende de la causalidad sino del fin o el interés que se persiga en el acto. Señala el autor (*ob. cit.*, pág. 176) que el derecho no es lo más sublime en el mundo, no es un fin en sí mismo sino simplemente un medio para el fin. El objetivo final es la existencia de la sociedad y permitir el bien común.

Si presentamos al derecho como norma y coacción solamente, vemos sólo sus aspectos externos, formales, que no nos dicen nada del contenido del derecho. Por su intermedio sabemos qué se exige pero no porqué y para qué se exige. Todo lo que forma parte del derecho es por un fin y ese derecho existe por causa de un fin. Todo el derecho no es más que creación finalística única.

La teoría del abuso del derecho propone una reacción ante el ejercicio del derecho sin contemplar el fin al que éste responde o contrariándolo. Lo actuado en trasgresión de un fin o interés protegido lleva a cuestionar el acto por considerarlo abusivo, determinando la responsabilidad por las consecuencias nocivas que de ello puedan surgir. Es sustancial en el planteo de la teoría del abuso del derecho el reconocimiento de que el derecho no es una realidad estructural aislada sino que responde a un fin que debe ser contemplado en cada caso y que forma parte de su misma realidad.

No es verdad, como dice MOSSET ITURRASPE (*ob. cit.*, pág. 71) que el derecho otorga prerrogativas y facultades con entera indiferencia de resultados prácticos o finalidad que con el ejercicio de la misma se persigue.

Las instituciones jurídicas formadas por norma, regidas y gobernadas por norma, tienden a organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida. El derecho no puede desligarse del sentido político, "ya que cada norma supone la elección de un fin y de unos medios para conseguirlo".

Las fines de las instituciones y de las normas que son "el tejido conjuntivo" (BARBERO, *Sistema de derecho privado*, t. I, Buenos Aires, 1965, pág. 67) no pueden ser desconocidos por los miembros de la comunidad donde el derecho rige. El argumento acerca de la ignorancia de los fines, continúa el autor citado, debe merecer el mismo tratamiento que la ignorancia de las leyes. No es jurídico ignorar la ley, que ha sido dictada y publicada; tampoco lo es desconocer los fines que el dictado de esa ley persigue, más aún cuando los fines no



pueden ser otros que los de satisfacer necesidades e intereses propios del bien común.

**La contemplación necesaria de los fines de la norma rige tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público.** A modo de ejemplo, podemos tomar las sabias enseñanzas de ENRIQUE TARIGO ("El principio del idealismo en la forma de los actos procesales", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, año 2001) cuando considera que el principio del formalismo o formalidad, en el ámbito del derecho procesal que, todos sabemos, es de orden público, ya no es dominante, por lo que se debe conjugar su aplicación con el finalismo y finalidad, cuya vigencia atenúa el rigorismo formal, permite poner de manifiesto el carácter instrumental de las formas procesales y la vocación de servicio del derecho procesal y, en definitiva, se acompasa con la búsqueda de la efectividad del derecho sustancial que consagra el Art. 14 del C.G.P. Aun en el caso de apartamiento de ciertas formas no necesariamente el acto queda privado de eficacia, ya que si el fin es igualmente susceptible de ser alcanzado, prima sobre la forma y permite conservar el acto.

**En esta misma línea el fin orienta la aplicación y el ejercicio de todos los derechos objetivos.**

La consagración del abuso de derecho como actividad antijurídica conduce, asimismo, como bien lo señala MOSSET ITURRASPE (*ob. cit.*, pág. 7), a poner de resalto el deber de moralizar el derecho a cargo de los jueces que en todo caso deben calificar la conducta moral de cada persona en la sociedad en momento en que ejercen un derecho. De este modo, la vida social quedará basada no en la pretendida seguridad resultante de unas reglas mecánicas abstractas, sino en la seguridad que nace de una conducta moral normal, procurada y amparada por el aparato coactivo del Estado.

Cuando en el concepto y aplicación de lo que implica el ejercicio de un derecho se controlan parámetros de buena fe, no se hace más que humanizar y moralizar el derecho.

El **civismo** es la conformidad del contrato con orden público, las buenas costumbres y la buena fe con que se debe proceder.

Especial referencia hacemos a **la moral** como límite en el ejercicio de derechos. A la moral se alude en el Código Civil en el art. 1284, y a las buenas costumbres en los arts. 1288 y 11. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no se alude a ellos en forma expresa, pero ello no es óbice a considerar estos criterios como inspiradores de todo el orden jurídico y, en particular, del Derecho de las Obliga-



ciones, pues el derecho no puede estar al servicio de fines inmorales o antisociales<sup>7</sup>.

### E) Los valores y la dinámica del abuso de derecho

Se logra captar la identidad de la figura del abuso de derecho a partir del momento en que se asume que el alcance de lo ilícito no concluye en el apartamiento de la ley sino que también se actúa en forma ilícita al actuar al margen de los principios generales, de las buenas costumbres, de la moral, de la buena fe. Siendo este aspecto esencial en el abuso de derecho, que considera lo lícito o ilícito no sólo en función de la titularidad de un derecho sino en la forma del ejercicio del mismo. Se advierte que esta zona de la ilicitud es particularmente dinámica pues en gran parte depende de la valoración que de las circunstancias consideradas se realice según el tiempo y lugar.

**La dinámica y la vitalidad del abuso de derecho está en la evolución de los valores considerados para determinar la abusividad en el ejercicio de los derechos lo que permite, en términos de MONTICELLI (*Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica*, Roma, 2007, pág. 17), una mayor humanización del derecho en la consideración del caso concreto**

Puede llamar la atención en el estudio del abuso de derecho se destine un numeral a un tema que, para algunos, puede ser más materia de filosofía que de derecho. Ello obstante, estos valores se ubican, precisamente, en el área que se utiliza para identificar algo que formalmente aparece lícito y, en definitiva, por apartarse de estos

7 RESCIGNO (ob. cit., n. 10 pág. 49) señala cómo en el ámbito contractual se auspició el criterio de que la consideración de la causa del contrato no permitía la ponderación de los motivos. Esto dificultó mucho acercar la moral y las buenas costumbres al mundo del contrato pues sin calificar los motivos o los móviles no era sencillo advertir inmoralidades a las que podía estar respondiendo el contrato.

La teoría de la irrelevancia de los motivos obstaculizó en una primera época el desarrollo del abuso del derecho en el ámbito contractual. En la actualidad, el desarrollo del abuso de derecho y la vigencia plena de la buena fe en la vida del contrato, conduce inevitablemente en el ámbito contractual a ingresar en la causa y motivo del acto, máxime cuando entramos en el terreno de la posible ilicitud. Como lo sostuviéramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo, 1999, t. II vol. 2, pág. 238), del momento que el Código Civil refiere a la causa ilícita, no es posible ignorar los motivos. En el análisis de estos puede estar la evidencia de lo ilícito o de lo abusivo. Nos preguntamos cómo es posible, por ejemplo, proceder a controlar si se procedió o no de buena fe si no se consideran los motivos o el fin.



valores o fines a los que apunta la norma, se convierte en abusivo o ilícito (para algunos, desde el punto de vista material o funcional).

**Todo instrumento jurídico como tal, y particularmente las normas, encuentra su razón de ser en los valores,** los fines o la función que con ellos se pretende lograr al reconocerlos o formalizarlos. En particular el Derecho de Daños tiene en sí ya un fin o un valor al que responde: reparar el daño causado (prevenir daños injustos). También podemos citar el caso del derecho de propiedad reconocido para tutelar un valor que no es exclusivamente individual y referente a su titular sino que también involucra aspectos de interés general, como con toda claridad lo reconoce el Art. 32 de la Constitución.

El derecho como tal persigue un valor que es la justicia. Estos valores suelen estar reflejados en los principios generales. Ciertamente es que estos valores que forman parte del derecho en algunos casos son relativos y cambian con el tiempo. Así, siguiendo con el ejemplo de la propiedad, en alguna época era exclusivamente individual y hoy se le reconoce no sólo como valor individual sino también como valor social.

Pensamos que es importante destacar que **el interés jurídicamente protegido y por tanto legítimo va más allá del derecho subjetivo** y, en definitiva, se justifica su existencia en determinados valores a los que apunta el orden jurídico vigente. A la persona se le daña no sólo afectando sus derechos subjetivos sino también sus intereses, que también son protegidos por el orden jurídico aunque la norma no los enuncie expresamente. Curiosamente ya DOMAT (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Libro II, título VIII, *Oubres completes*, t. I, París, 1835, pág. 465) en aquella época señalaba que debía recurrirse al concepto de "hechos" ilícitos pues esta figura abarcaba no sólo lo prohibido por la norma sino a los hechos que se muestran en contraste con la equidad, la honestidad, las buenas costumbres y los valores prioritarios del momento social en cuestión. Agregó luego el autor (*ob. cit.*, pág. 472) que **estamos obligados a evitar causar daños a otros y, además, debemos evitar que todo lo que se posee pueda estar en estado que dañe a otro.**

El reconocimiento de valores permite entender la existencia de ilicitud formal y material, sustentada esta última sobre la consideración de valores esenciales.

En materia penal se afirma, y con razón, que no nos podemos quedar con la antijuridicidad formal (descripción abstracta del delito) sino que debemos en sentido material, realizar la valoración del caso



concreto y determinar, por ejemplo, si no existen causas de justificación que puedan determinar la corrección de la conducta asumida más allá de que en principio pueda aparecer como delictiva.

**Para determinar si hay ilicitud o abuso se debe contemplar, en definitiva, todo el entorno de normas, valores, causa de justificación y circunstancias del caso<sup>8</sup>.**

La figura del abuso de derecho parte de dar relevancia jurídica a lo que, para muchos, por error, fue algo extra-jurídico, como ser los valores, los fines o los intereses. No tendría sentido el abuso de derecho como figura jurídica si los valores o fines no pudieran ser considerados como un aspecto esencial en el derecho. Este matiz del enfoque reafirma el buen camino marcando la relevancia de la consideración del derecho como una realidad tridimensional (ver N<sup>o</sup> 2 A).

#### F) El interés legítimo

DE CUPIS (*El daño*, Barcelona, 1975, n<sup>o</sup> 8), con acierto señala que el objetivo del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, siendo siempre un interés humano, lo que nos lleva en todo caso a considerar la situación de un damnificado. El daño no es algo abstracto sino que es siempre el **daño a alguien**, a quien se le afecta un interés que se traduce en un poder actuar sobre la base de considerar que

8 Calificar una conducta como abusiva o ilícita no supone aplicar un silogismo conforme al cual en función de la premisa mayor (norma) y de la premisa menor (hechos), surge como conclusión el ilícito o el abuso. **No es tan simple el tema** pues sobre estas premisas no siempre existe certeza en su utilización y en su alcance al caso concreto. Por último, queremos dejar claro un aspecto relevante en el concepto de lo que es el interés legítimo sobre el que se sustenta un derecho subjetivo y pasa por tener presente que cuando el orden jurídico lo califica como situación o potestad no sólo considera un aspecto activo (poder acceder al interés protegido) sino que también existe un aspecto pasivo, que se identifica con el deber de ejercer correctamente ese interés reflejado en el derecho subjetivo.

En todo acto se enfrentan valores que están representados por el bien jurídicamente protegido que es dañado (la propiedad, los derechos de la personalidad, etc) y, por otro lado, se debe considerar los valores o intereses que están detrás del que ejerce el derecho con el que aquellos valores pueden ser lesionados, como puede ser, en nuestro caso, la libertad de construir, la libertad de expresión del pensamiento, etc. Ante ello debemos afrontar situaciones de perjuicio ante las cuales corresponde dar una respuesta en el sentido de si ese daño debe ser asumido por el que lo padece o resarcido por el que lo causa. Cuando decimos que el que dañó no actuó bien y es responsable, es porque, por ejemplo, el valor libertad de actuar de esa persona quedó subordinado a los valores de respeto a la vida, a la intimidad, a la propiedad, etc., que son tutelados por el ordenamiento jurídico.



ese interés generalmente se sustenta en un derecho subjetivo. En una época se consideró interés relevante sólo el legítimamente protegido con la identificación de un derecho. En la actualidad, como destaca ZANONNI ("Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad" en la obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995 pág. 103 y ss), existen intereses tutelados jurídicamente que están en el ámbito de la esfera de la persona y que no aparecen concretamente referidos en derechos subjetivos. Así, por ejemplo, la relevancia que se puede dar hoy a la pérdida de una chance como daño.

DI GIANDOMENICO (*Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Milano, 2004, pág. 19) sostuvo que **en el curso de los últimos años asistimos en el ámbito jurídico a una lenta, progresiva e indiscutida evolución en la sensibilidad social hacia la tutela de ciertos intereses jurídicos que está determinando cambios sustanciales a la hora de identificar figuras tales como la del daño o la ilicitud.** Nuevas formas de daño hoy se asumen como normales e implican, precisamente, la custodia de nuevos intereses que demuestran esa sensibilidad tendiente a una mayor protección, especialmente de la persona, en el ámbito de la sociedad. Así, por ejemplo, la existencia del daño biológico, el daño a la vida de relación, el daño existencial; el daño por la pérdida de una chance, el daño por crear expectativas legítimas que luego no se cumplen; el daño por la tutela a los intereses difusos, etc.

Para entender la figura del abuso de derecho es necesario tener claro lo que supone la relatividad de los derechos y lo que implica la tutela del interés legítimo. Ello determina, en parte, el concepto de ilicitud y el alcance de la figura del abuso de derecho. Puede suceder que el ejercicio de un derecho subjetivo cause daños injustificados a terceros que estos terceros no tengan porqué soportar. **A estas personas pueden estar afectándoseles intereses pero no derechos expresamente reconocidos.** Lo que importa destacar es que más que la lesión de los derechos, en muchos casos con el abuso de derecho lo que se lesiona pueden ser intereses que están protegidos por el ordenamiento jurídico aun sin una norma expresa y que, en cuanto tales, pueden ser reivindicados y determinar el carácter de abusivo del derecho con cuyo ejercicio estos se pueden llegar a lesionar.

Si se causa un daño injusto debe ser resarcido, aun cuando se pretenda legitimidad en la titularidad de algún derecho a la hora que se causó ese daño.

La legitimidad en el ejercicio del derecho se debe considerar no sólo a partir del ejercicio del derecho sino que se debe ponderar la



situación de la persona o el patrimonio sobre el que recae el ejercicio de ese derecho<sup>9</sup>.

**Se advierte que entramos en posibles zonas de abuso de derecho cuando se hace necesario ponderar equilibrios o balancear prioridades sobre los intereses en juego aparentemente en conflicto.**

El progreso no se puede lograr afectando la calidad de vida de los ciudadanos pues el progreso económico no es un fin en sí mismo. La propiedad, las empresas, están al servicio de los hombres y no éstos al servicio o disposición de aquellas.

En términos de COSSARI (*Daños por molestias intolerables entre vecinos*, Buenos Aires, 2007, pág. 55), en la actualidad rige una nueva sensibilidad para proteger intereses a los que antes no se daba relevancia. Si la Constitución protege la salud, la integridad psicofísica, la intimidad, el medio ambiente son intereses que deben coexistir y ser respetados ante posibles agresiones de quienes ejercen, por ejemplo, el derecho de propiedad, o el derecho a trabajar, entre otros.

Lo relevante de este planteo está en ver cómo se van ordenando valores y prioridades **según un criterio natural** que prioriza a la persona y su calidad de vida sobre los derechos que se ejercen a partir de la propiedad; el desarrollo industrial y aún sobre los derechos laborales.

**El orden natural marca pautas de un orden más justo y humano.** Aparecen derechos personales como el derecho a la calidad de vida; el medio ambiente sano y seguro, llamados derechos de tercera generación que, en definitiva, son proyecciones del derecho de toda persona a que se respete su integridad psicofísica y moral (Art. 7 de la Constitución y Art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, Ley 15.737).

9 La Constitución tiene una gran diferencia con el Código Civil en el sentido de que en ella se protegen con claridad intereses no patrimoniales mientras que el Código Civil es, como se le ha denominado, "el código de los bienes". Los denominados "nuevos derechos" o derechos que hacen a la dignidad de la persona, influyen en la absolutez que algunos propiciaban para ciertos derechos como el derecho a la propiedad. Así, el derecho de disponer de la propiedad y de trabajar en ella, pasa a estar limitado por ejemplo, por la protección al medio ambiente (art. 47 de la Constitución) y, además, por la tutela de los derechos personales (art. 7). Antes se pensaba, por ejemplo, que los olores y los ruidos eran el precio social al desarrollo y al trabajo de los demás. Hoy se afirma que el progreso se debe lograr sin afectar derechos de la persona y, en consecuencia, cuando se producen estas inmisiones se establecen límites sobre los derechos que se ejercen en la propiedad.



La calificación correcta de lo ilícito requiere en todo caso considerar la situación del que ejerce el derecho y la de aquél sobre quien se ejerce este derecho. FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*), refiere al respeto en esta instancia, de la conciencia jurídica colectiva a la hora de identificar cuáles intereses se priorizan sobre otros<sup>10</sup>.

Puede ocurrir que se enfrenten intereses de las distintas partes que entren conflicto y que sea el derecho, a través de los jueces, el que deba establecer según el caso, cuál se debe priorizar. Por ello, como bien señala TRIMARCHI (*Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973, pág. 92) la ilicitud, en esencia, supone la valoración comparativa de dos intereses contrapuestos: el interés amenazado por cierta conducta y el interés que con esta conducta se pretende realizar.

## G) Ilicitud

### a) Presentación del tema

Compartimos la idea de BARASSI (*Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1958, pág. 219), cuando dice que actuar con abuso o con exceso es actuar "contra derecho", ello de por sí configura igualmente una ilicitud. Por ello, **el principio del abuso del derecho es útil para visualizar con mayor claridad una de las formas de ilicitud.**

Como bien anota BUERES (*Derecho de daños*, Buenos Aires, 2001, pág. 491), la ilicitud en la responsabilidad civil deriva de la transgresión del principio "alterum non laedere" (no dañar) sin justificación. Daño injusto no significa daño no justificado, sino daño causado sin derecho o contra derecho. La transgresión del deber de no dañar injustificadamente contempla la tutela de situaciones jurídicas amparadas por la norma, intereses legítimos o intereses jurídicos que son

10 La comunidad reclama que exista correspondencia entre el ejercicio del derecho e intereses que puedan verse afectados y por ello, aun cuando se ejerza un derecho, como el derecho a informar, el derecho a desarrollar una empresa... si se causan daños anormales, irracionales, se deben resarcir pues se tutelan los intereses dignos de ser priorizados en el contexto de valores que, en ciertos casos, puede llevar a priorizar, por ejemplo, el interés a la protección de la calidad de vida con referencia al interés que implica el desarrollo de una actividad empresarial.

Por supuesto, como dice BERNAL (*El abuso de derecho*, pág. 143) en razón de lo expuesto no es de extrañar que lo que en una época no se veía como abusivo, hoy se considere como tal, precisamente, en atención a la nueva sensibilidad por la tutela de intereses que hoy se consideran legítimos conforme a las exigencias de la conciencia social, que antes no eran siquiera tenidos en cuenta.

En esencia, toda ilicitud implica un quebrantamiento interés o bien jurídico protegido.



tales a partir del momento que se considera justa su protección. **El orden jurídico contempla también situaciones de responsabilidad civil en las que se lesionan intereses "no" presentados como derechos subjetivos.** Ej. responsabilidad por concurrencia desleal, o por difusión de noticias falsas, el resarcimiento de daños por pérdida de una chance, etc.

Ilícito, como sostiene RODOTA (*Il problema della responsabilità*, Milano, 1964, pág. 112), está referido a la afectación no sólo de derechos sino de intereses jurídicamente protegidos (abarcando, por ejemplo, la tutela de la lesión del crédito, de expectativas legítimas, etc.).

Ilicitud no es sólo contravenir lo ordenado por la norma sino que también hay ilicitud si se vulneran principios generales del derecho; normas consuetudinarias, etc.

**En ocasiones la lesión no es al derecho (subjetivo) sino a intereses protegidos que carecen de regulación normativa expresa.** Recordamos que en nuestro derecho se tutela no solamente los derechos sino intereses calificados por el ordenamiento jurídico. En algunos casos es la norma la que refiere expresamente a su consideración. Tal lo que sucede, por ejemplo, con la regulación de los denominados intereses difusos a través de los artículos 42 y 220 del C.G.P. En otros casos, estos intereses legítimos a tutelar surgen de la vigencia de principios generales o de pautas éticas.

Al estudiar la ilicitud **se deben diferenciar los casos de actuaciones "contra ius" de las actuaciones a "non iure"**. En un caso se transgrede la norma y en el otro se actúa sin justificación a la hora de dañar. El abuso de derecho es una acción en origen lícita, pues respeta todas las formalidades, pero deviene ilícita al ejecutarse pues da por resultado un daño injustamente causado, consecuencia de un ejercicio anormal o irracional del derecho que supone apartarse del fin que se buscó con su reconocimiento.

**La visión de lo ilícito "contra ius" o "sine ius"**, como advierte IACOVELLI ("L'ingiustizia del danno e la colpevolezza nella giurisprudenza sul danno da lesione di interessi legittimi" en la obra dirigida por DI GIANDOMENICO, *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*; Milano, 2004, pág. 88) se consolida con aprobación de la Carta Constitucional Republicana, en la que aparecen reconocidos con claridad otros intereses de los ciudadanos como el de la solidaridad, la igualdad en sentido sustancial e institucional, la importancia social de lo económico, la función social de la propiedad. Además, se consolida como valor indiscutido la protección de la persona humana en

su plena dignidad como valor cardinal y ello, en definitiva, es lo que lleva a ponderar su situación, con más trascendencia, incluso, que la situación del que causa el daño. Aparece el criterio del "**derecho a no ser dañado**", que exige aplicar la idea de ilicitud no sólo por transgresión a una norma sino por actuar con ausencia de causa de justificación. Aquí el ilícito exige una evaluación y determinación de prevalencias (TRIMARCCHI, "Voce: Illecito (diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, t. XX, Milano, 1970, pág. 100). Lo ilícito surge no sólo de lesionar derechos subjetivos sino de afectar una situación jurídica subjetiva o sea, intereses que puede no estar referidos expresamente en derechos subjetivos y que surgen de la finalidad de la norma, de los principios generales y la situación que se encuentra el afectado.

Es importante tener en cuenta que **el concepto de ilicitud no es meramente formal, concretándose en la lesión de una norma sino que también se debe ponderar desde el punto de vista material**. Como entiende MOSSET ITURRASPE (*Justicia contractual*, Santa Fe, 1977, pág. 66) la denominada ilicitud material entiende que lo ilícito no está sólo en contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria al derecho. Esa materia no está fuera del derecho, no es extranormativa, sino que está dentro del mismo, inspirando, integrando y fundando su alcance.

**Aceptada esta especie de antijuridicidad denominada material**, y quebrada la identificación del derecho con la legalidad y de lo antijurídico con la ilegalidad, resulta fácil superar la aparente contradicción: se puede respetar la letra de la ley, al menos en apariencia, y violar su espíritu; se puede actuar dentro de los límites objetivos de la propia prerrogativa y, a la vez, contrariar los fines que la ley tuvo en mira al reconocerla –ejercicio abusivo– o bien relegar o evitar el precepto para buscar, bajo el amparo de una norma genérica de cobertura, una finalidad análoga a la prohibida –ejercicio fraudulento–.

**Esta concepción amplia de ilicitud es relevante pues permite comprender el alcance de la autonomía del abuso de derecho** como forma de ilicitud identificada en el hecho de que se parte del ejercicio de un derecho y el ilícito está en que con esta conducta ocurre un apartamiento del fin o los intereses que se buscó proteger con el reconocimiento del derecho que se ejerce.

Es particularmente relevante llegar a lo ilícito, no solamente por transgredir normas sino por apartarse de los principios generales, pues ello permite visualizar la responsabilidad, por ejemplo, trans-



grediendo el denominado principio del "alterum non laedere", de donde se deduce que es ilícito dañar a otro sin causa de justificación. Así, todo daño causado tiene relevancia jurídica y es ilícito salvo que parta del ejercicio de un derecho o que operen causas de justificación.

**Carece de relevancia discutir si lo que se transgrede es el derecho objetivo o subjetivo pues si se transgrede uno, se transgrede el otro.** Pero sí es importante reiterar que aún cuando no se transgrede un derecho sino un interés, se puede llegar a lo ilícito. Quien ejerce un derecho subjetivo tiene el deber de respetar el interés ajeno y no puede causar daños, a menos que la norma o el sistema jurídico lo autoricen. Quien ejerce el derecho subjetivo tiene un deber genérico de no dañar injustificadamente a otro.

**Todo ilícito supone la transgresión de un deber, pero estos deberes –como dijimos– pueden no responder necesariamente a derechos subjetivos.**

ALPA BESSONE ("I fatti illeciti", en *Tratatto di Diritto Privato*, obra de RESCIGNO, Torino, 1985, volumen 14, pág. 89) enuncian distintas formas de acceder a un acto ilícito: a) por lesión de un derecho subjetivo; b) por lesión de una situación jurídica subjetiva; c) por violación de un deber de conducta; d) por lesión de un interés digno de tutela.

El derecho como realidad tridimensional puede llegar a identificar la ilicitud no sólo por transgredir la norma sino por apartarse de valores que exige la convivencia humana. En los casos de abuso de derecho se lesiona un interés ajeno; se asume una conducta antisocial, transgresora de valores éticos y se transgrede el principio general de no dañar por el ejercicio excesivo de los derechos.

*b) De la ilicitud al daño*

De aquí parte una característica del ilícito civil que es su **atipicidad**, no siendo necesaria una previsión legal concreta que lo establezca e, incluso, no siempre partiendo de la afectación de derechos subjetivos expresamente previstos sino de intereses tutelados por el orden jurídico como un todo.

Podemos advertir el peligro de la atipicidad y pensar en la inseguridad que ello puede acarrear pero no es así pues lo relevante no es la atipicidad del ilícito sino la del daño. Para identificar este daño, relevante jurídicamente, podemos partir de la consecuencia de afectación de derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples, pero, además, considerando el punto de vista de la situación de la víctima, debemos contemplar si el daño es o no justificado, o sea, si se dañó sin derecho o sin justificación.

Estamos ante un ilícito no sólo cuando desde el punto de vista del causante del daño nos apartamos de ciertos derechos o intereses tutelados por el orden jurídico sino cuando, analizada la situación desde el punto de vista de la víctima, se le causa un daño no justificado por el orden jurídico como un todo.

No siempre es imprescindible una conducta ilícito-culposa para estar en el ámbito de la responsabilidad por daños. Lo relevante hoy en el Derecho de la Responsabilidad Civil no es tanto el acto ilícito sino el daño causado, que puede responder o no a una conducta ilícita o anti jurídica. Pueden existir daños lícitos resarcibles en los que la reparación no opera como sanción (ORDOQUI CASTILLA, "Obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas" en *A.D.C.U.*, t. IX, pág. 45 y ss.).

La visión de antijuridicidad en sentido material antes referida tiene particular significación práctica pues necesariamente nos lleva a pasar de un sistema de **tipicidad** en el ámbito de lo lícito a otro de **atipicidad** y con ello, entendemos, cobra vigencia el principio de no dañar en forma injustificada.

Con acierto DE LORENZO (*El daño injusto en al responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1996, pág. 61) entiende que se entra en el ámbito de lo antijurídico (ilícito) cuando se transgrede el principio de no dañar en forma injustificada. Negar este principio llevaría a la negación del criterio que impone "no dañar" y ello implicaría el absurdo de que es lícito dañar a otro salvo que medie prohibición. Como bien destaca el autor referido (*ob. cit.*, pág. 13), uno de los cambios más importantes que operaron en el ámbito de la responsabilidad civil, lo constituye, sin hesitaciones, la transición del principio del acto ilícito al hecho dañoso. Hoy más que sancionar a un culpable importa reparar el daño injustamente causado.

**El daño sufrido y los intereses afectados del lesionado pasaron a constituirse en el fundamento de la responsabilidad civil. Lo que importa es el interés que se lesiona<sup>11</sup>.**

11 Los juristas de mediados de siglo, según sostiene el autor citado, acusaron recibo de la reelaboración de la teoría del ilícito y suministraron nuevos enfoques al problema, realmente interesantes. Así, el caso de JOSSERAND para quien el ilícito era "el atentado de un derecho en ausencia de un derecho más fuerte"; o lo expuesto por SAVATIER para quien "lo ilícito se elabora sobre la base de un comportamiento "non iure" del lesionado".

Es importante establecer que la víctima de un daño tiene un derecho a la seguridad y que el atentado a este derecho, por sí mismo, como cualquier otro derecho protegido (el



Podemos plantear la existencia de **nuevas fronteras del ilícito** a partir de la consideración no tanto de la conducta del infractor sino de la determinación de los intereses del afectado. Partiendo del principio del "alterum non laedere" (no se debe dañar a otro), lo cierto es que al daño se puede llegar por conductas de acción u omisión, lícitas o ilícitas.

**En ocasiones, ciertas actividades están respaldadas por el orden jurídico y justifican, ello no obstante, el deber de resarcir.** Así, por ejemplo, cuando en el ámbito derecho administrativo se autorizan ciertas obras en determinadas empresas de las que luego se deducen inmisiones que afectan a los vecinos por emisión de gases u olores. Lo ilícito no puede deducirse de la existencia del daño sino de las conductas asumidas. Aquí no es un problema de conductas ilícitas sino de daños resarcibles.

La resarcibilidad del daño no depende en todo caso de la lesión de un derecho subjetivo (DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pág. 291). La ilicitud a considerar no se pondera necesariamente a partir de la conducta del que daña sino de la situación del afectado que es dañado injustamente. **Además, el afectado no debe sostener sólo que fue dañado sino que el que lo daña lo hace sin justa causa.**

Hay daños que son resarcibles y otros que no lo son. Se pueden sufrir las consecuencias de un daño lícito no resarcible. Ejemplo, la pérdida del valor del bien adquirido; la pérdida de la clientela por competencia leal; la pérdida de vista por la construcción de un edificio, etc.

La afectación de un interés puede ser justificada, por ello no alcanza con quedarse con un concepto de ilicitud abstracto o formal sino que se debe analizar en cada caso la valoración de lo ocurrido para calificar la relevancia jurídica de los intereses en juego. **No siendo necesaria la lesión de un derecho y alcanzando con la relevancia del interés protegido, el enfoque de ilicitud se amplía sensiblemente.**

Adquiere en la actualidad especial destaque el denominado daño injusto o injustificado. El calificativo de ilícito suele utilizarse para referir a la conducta de quien causa el daño. La denominación de injustificado o justificado refiere a la situación del que padece el daño.

---

honor, el nombre, la imagen, etc.), requiere y justifica una sanción resarcitoria independientemente de la situación del que lo ha causado.





Acierta BUERES ("El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta" obra *Homenaje a Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989, pág. 141) cuando afirma que hoy es más importante referir a la tipicidad del daño que a la tipicidad del ilícito.

Quedarnos en el concepto de ilicitud como conducta contrapuesta al orden jurídico en su totalidad en ocasiones puede ser insuficiente para resolver situaciones de conflicto de intereses opuestos pero protegidos por el sistema jurídico. Tal lo que sucede, por ejemplo, con los abusos en el ejercicio del derecho a la información y del honor o el derecho a la intimidad de las personas. Aquí, como bien lo destaca DE LORENZO (*ob. cit.*, pág. 83) la existencia o no de un daño injusto resarcible dependerá de un juicio de disvalor efectuado como resultado de una adecuada valoración comparativa de los intereses contrapuestos.

**Sobrepasar el límite de lo que se puede y debe tolerar opera, en ciertos casos, como factor de atribución de la obligación de reparar por haberse incurrido en un abuso.**

Así como no alcanza con causar un daño para que se deba reparar sino que el daño debe ser injusto, corresponde aclarar que el daño no siempre de por sí es ilícito. Adquiere relevancia si no tengo derecho a causarlo y por tanto se califica de injusto.

Lo que determina la resarcibilidad no es sólo la conducta del que causa el daño sino lo injustificado que resulta para el que lo debe padecer.

**El principio del abuso del derecho y el principio "alterum non laedere" se complementan**, y permiten entender cómo se llega al abuso y a la obligación de reparar el daño aún en situaciones no amparadas expresamente en derechos subjetivos concretos y en las que, no obstante, se lesionan intereses (jurídicos).

Lo que el ilícito civil tiene de típico a los efectos de la responsabilidad civil, es su relación con un daño. El abuso de derecho afecta un interés no protegido expresamente por una norma, pues no se actúa "contra ius" sino "sine iure" (sin derecho). Este instituto apunta a contemplar intereses que no tienen protección específica en el orden jurídico.

Si a la ilicitud se llega, en términos genéricos, por apartarse del derecho como realidad normativa o axiológica, el abuso de derecho aporta poca originalidad en su esencia, pues se parte de un concepto amplio de ilicitud y la figura estaría abarcada dentro de este concepto. La ilicitud puede estar determinada por apartarse de la norma,

de los valores (de la moral, de las buenas costumbres), o de los principios generales. Hay ilicitudes relevantes (cuando tipifican delitos penales, cuando el ilícito se relaciona con un daño, cuando se prevé una sanción administrativa sobre la infracción), y puede haber ilicitudes no relevantes.

Del abuso del derecho no existe una definición concreta en la norma, sino amplitud de criterios de ponderación para el juez. **En el abuso del derecho se llega a lo ilícito con la peculiaridad de que se parte del ejercicio de un derecho, y la relevancia resarcitoria de esta situación dependerá de la entidad del daño y la relación causal.**

Corresponde precisar que los derechos subjetivos refieren formalmente a un poder jurídico reconocido y tutelado con fines diversos - éticos, económicos, sociales. **En definitiva, lo que se lesiona a la hora de identificar lo ilícito no es tanto al derecho en sí mismo sino a los intereses por él protegidos.**

*c) Ejercicio del derecho y la causa de justificación del daño*

*Es importante tanto el daño injustamente causado, como el **injustamente sufrido**.* El fenómeno de calificación de lo ilícito requiere ponderar tanto la conducta del que causa el daño injusto como la situación del afectado por el daño injustamente sufrido. Puede haber daño justificado y que, por tanto no justifique la necesidad de reparación y otros que, siendo justificados, igualmente deban ser reparados porque la norma así lo dice.

Pueden causarse daños lícitos, habiendo mediado causas de justificación. Tal lo que surge de los perjuicios causados por el cumplimiento de un deber; por la legítima defensa; por el estado de necesidad; cuando existe consentimiento del damnificado o cuando se ejerce un derecho.

Para MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, t. III, "Eximentes", 1998, pág. 21), las causas de exoneración y eximentes actúan como exoneración de responsabilidad sobre la conducta asumida que, si bien puede causar daños, los mismos pueden ser lícitos. Ciertas conductas hacen desaparecer el ilícito y el daño causado es lícito sin generar responsabilidad. Así lo ocurrido en situaciones en que se configura, por ejemplo, estado de necesidad, legítima defensa... casos en que existe un interés de protección prevalente sobre otros. También puede existir consentimiento del afectado o bien, cuando la ley legítima determinada conducta que llega a causar un daño.

**Cuando se ejerce un derecho en forma regular, normal, dentro de los fines previstos por la norma, puede llegar a causar un daño y este ser justificado y, por tanto, ser lícito.**

Quien ejerce un derecho y causa un daño, en la medida en que no actúa con exceso o con abuso, determinará que ese daño sea lícito o justificado. En el ámbito penal se alude a causas de justificación o causas de exclusión de antijuridicidad como equivalentes.

Prevalece el derecho de quien lo ejerce frente al derecho del afectado. Así, en el caso de legítima defensa o en el estado de necesidad... son situaciones en las que el daño causado a otro en el ejercicio de un derecho, es lícito. El acto dañoso deviene lícito o justificado.

Pero el ejercicio del derecho no puede hacerse de cualquier forma o irracionalmente sino que debe tratarse de un ejercicio legítimo del derecho.

La regularidad en el ejercicio del derecho es un concepto que supone actuar conforme a los fines y a la buena fe y configura la esencia del acto lícito o de la causa de justificación.

### 3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### A) Presentación del tema

Mucho se ha discutido en doctrina acerca de si la teoría del abuso del derecho encuentra pie en el Derecho Romano. Autores como BERNAL (*El abuso del derecho*, pág. 25), son tajantes al afirmar que acerca del tema puede estimarse definitivamente demostrado que **en Roma** no existió una verdadera doctrina del abuso de derecho. En realidad, lo que ocurrió fue que dentro del principio de la equidad los romanos resolvieron cuestiones muy concretas, en las cuales percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos, pero no se vio un propósito deliberado de elaborar una teoría sobre el particular.

Su actitud, como señala LUQUIN BERGARECHE (*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Madrid, 2005, pág. 181) no fue científica sino tónica en el sentido de resolver problemas o "topics" con soluciones basadas en principios superiores de equidad, como recurrir a la "justicia del caso", razón por la cual no se preocuparon de sistematizar los elementos dispersos con un deliberado propósito de establecer una doctrina sobre el abuso del derecho como teoría.

JOSSELAND (*Del abuso de derecho y otros ensayos*, Bogotá, 1999, pág. 5) ve el origen de esta figura en el planteo que los romanos realizaron sobre la relatividad de los derechos. El abuso estaba confundido en

la figura del fraude o en la que abarcaba exclusivamente la intención de dañar. Grosso ("Abuso del diritto" en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1958, t. I, pág. 161 a 163) entendió que los romanos conocían la necesidad de limitar el ejercicio de ciertos derechos. Al tema aludieron en los casos de relaciones entre vecinos, limitando el ámbito de acción de uno sobre el otro, pero no dieron al abuso de derecho el carácter de figura autónoma.

En Roma coexisten el principio de que no puede alegarse daño frente al ejercicio de un derecho (*qui iure no utitor, neminem laedit*); que el derecho no se puede ejercer con mala intención (*neque malitatis est indulgendum*) y que no se debe usar mal de un derecho (*male enim nostro iure non debemus*).

Se considera acto emulativo el que se realiza sin necesidad económica, con utilidad deliberada en perjuicio del prójimo.

**Con el cristianismo** se empieza a difundir la idea de lo que es la vida comunitaria y surge en primer lugar lo que en doctrina se conoce bajo la designación de actos de emulación. La emulación consiste en el ejercicio de un derecho con la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. La moral cristiana, al imponer la doctrina de los actos de emulación, reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados. Podemos decir que la teoría de la emulación se declara, en primer lugar, en las relaciones de vecindad cuando se ve que un vecino en ejercicio de su derecho afecta al otro (MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho*, pág. 29).

Para MOLINA (*Abuso de derecho, lesión e imprevisión*, Buenos Aires, 1969, pág. 471) la figura central del abuso de derecho, que es la relatividad de los derechos y las libertades, partió de SANTO TOMÁS DE AQUINO y de SAN AGUSTÍN, que sostuvieron la necesidad de limitar los derechos propios en beneficio de los semejantes. Lo absoluto corresponde al dominio de lo divino; lo humano es, por naturaleza, relativo. Para Santo Tomás, la propiedad no es un fin en sí mismo. El hombre no puede usar los bienes que adquirió de Dios para dañar a sus hermanos.

El **Derecho Canónico** apuntó además a la necesidad de controlar la buena fe enfocada desde el punto de vista de la conciencia de cada uno.

En la época del denominado **Derecho Intermedio** aparece la llamada "teoría de las inmisiones" donde se considera ya no la intención de dañar en el ejercicio del derecho sino objetivamente el resul-



tado del daño que se puede causar entre vecinos por olores, ruidos, humos<sup>12</sup>.

Actualmente esta teoría adquiere especial relieve por la contaminación ambiental de unos sobre otros, entrando en juego la tutela del derecho a la salud o de la misma integridad física.

Ello llega a un punto que, en ciertos Códigos Civiles, como el Italiano de 1942 (Art. 844), se prevé que el propietario del fundo no puede impedir inmisiones por calor, sonido, del fundo vecino que no superen la normal tolerancia, ello porque la postura de prohibición de toda inmisión, a su vez, se consideró abusiva.

**En realidad, la teoría del abuso del derecho comienza por la elaboración jurisprudencial en Francia.** A partir de 1804, la jurisprudencia, que representa el llamado derecho vivo, es la que por primera vez tiene que encarar la resultancia del ejercicio abusivo del derecho. Son famosas las sentencias de Colmar y de Lyon, correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades. Con la sentencia de 2 de mayo de 1855 se dio el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX. Con relación al

12 Si debemos marcar una época o circunstancia determinante de la existencia del abuso de derecho en planteos similares como los que llegan hasta nuestros días, ***pensamos que debe partirse de la misma Revolución Francesa***. EDUARDO GARCÍA DE ENTRERRÍA (*La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 2001, pág. 19) marca con particular inteligencia la gran trascendencia de la Revolución Francesa en evolución del derecho. Con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, comienza una nueva era del derecho cuya fuerza expansiva continúa hasta el día de hoy. La eliminación de todos los privilegios y la proclamación en esta instancia sólo formal de la igualdad y libertad de los franceses, marcaron una época. Luis XVI había negado a los asambleístas para reunirse, lo que terminaron por hacer en un frontón (lugar de juego de pelotas) donde juraron no separarse hasta que saliera aprobada la declaración. El 23 de junio de este mismo año, el Rey exige obediencia a los diputados, quienes contestan: ***“Una nación en asamblea no puede recibir órdenes”; “Estamos aquí por la voluntad del pueblo y no saldremos más que por la fuerza de las bayonetas”***.

Con esta declaración se pretendió crear o pensar en un hombre nuevo que al enunciar sus derechos no hace más que enumerar lo que es connatural o innato a su ser.

El gran instrumento para canalizar lo que fue esta verdadera revolución del derecho fue el concepto, aparentemente poco significativo, del derecho subjetivo. Este concepto, que se consolida en esta época contra las apariencias, lleva a una revolución completa del derecho y a un nuevo modo de concebir, explicar y operar el mismo sistema jurídico. El derecho romano desconoció la figura del derecho subjetivo que sólo operó como concepto “ius”, como derecho objetivo.

derecho de propiedad se decía que si bien era un derecho absoluto, debía tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Se trataba de un propietario que encima de su casa fabricó una falsa voluminosa e inútil chimenea delante de la ventana de un vecino con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Se ordenó la demolición de esta chimenea, cuando la sentencia dice que el ejercicio del derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.

Por primera vez se plantea en la ciencia del Derecho la teoría del abuso del derecho en plano real. En 1856, o sea, un año después, en una sentencia que se dicta en un Tribunal de LYON en que se sanciona al propietario que había instalado una bomba de agua para succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad, con la única finalidad de perjudicar al vecino, que dependía también de esta agua. El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho, y no era utilizada sino que la dejaba perder en el río. Como se ve, en lo expuesto en estas dos sentencias estuvo el origen de la teoría del abuso del derecho, que luego, sobre esta casuística, fue construida por la doctrina más sobresaliente en las personas de SALEILLES Y JOSSEMAND.

#### **B) Teoría de los actos de emulación**

La teoría de los actos de emulación es el antecedente más claro del abuso de derecho. Emulación implica el ejercicio de un derecho con la intención de dañar. En la actualidad conforma una de las formas de abuso de derecho.

Antes de que existiera el abuso de derecho como figura abstracta o autónoma se plantearon casos de emulación abusiva a partir de los cuales se proyectó luego, según la casuística y obra de jurisprudencia y doctrina, la figura estudiada del abuso de derecho.

En términos generales, quien es propietario de algo puede actuar sobre la cosa, en términos del Código Civil, "gozando y disponiendo de ella arbitrariamente", o sea, como le plazca, y, además, puede protegerla de la intromisión de extraños ejerciendo un derecho de exclusión.

Se plantea desde el origen la interrogante de determinar cómo se marca el límite de hasta dónde puede llegar el uno y el otro; qué es lo que se puede tolerar y qué es lo que no se puede soportar.

En la baja Edad Media se plantea como forma de solucionar o delimitar esta tolerancia la "teoría de la aemulatio" que prohibía estos derechos de propiedad que se ejercían con intención de dañar al otro

o ejercidos con falta de interés causando molestias o daños al vecino. A esto refiere, por ejemplo, el Art. 833 del C.C. Italiano de 1942 que establece que el dueño no puede realizar actos que no tengan otro objetivo que el de perjudicar o causar molestias a otros. Por su parte, en el Art. 544 del *Côde Civil* Francés, se establece como límite en el ejercicio del derecho de propiedad la satisfacción de un interés serio y legítimo no pudiéndose hacer un uso de la propiedad prohibido por la ley o por los reglamentos<sup>13</sup>.

En las relaciones de vecindad es donde naturalmente se plantea la necesidad de esta figura. El hombre se ve necesitado de sacrificar ciertas libertades individuales en beneficio de la sociedad para acceder a otras libertades colectivas.

En algunos países como Italia se ha notado la resistencia a aceptar esta figura por "temor a la discrecionalidad judicial" y, carente de normas que refieran expresamente al tema, la doctrina ha elaborado la teoría del abuso de derecho a partir de normas que, como el art. 1333 del C.C., refieren a la regulación de los actos emulativos del propietario. En el proyecto de título preliminar, en el art. 7 de lo que luego fue el código civil de 1942, se preveía: "Nadie puede ejercitar el propio derecho en contra de los fines para los cuales el derecho fue reconocido". Se entendió que esta norma comprometía seriamente la certeza del derecho y llevaba a los jueces a investigar en situaciones artificiales o imprecisas. Ello no obstante, en la conciencia de la doctrina y jurisprudencia italiana –como sostiene NATOLI ("Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pág. 5)– está arraigada idea de abuso de derecho como un principio de orden general en la actualidad está viva y plenamente operante en el derecho italiano.

**En nuestro derecho** esta teoría se ve reflejada en diversos artículos del Código Civil. En este sentido, el **artículo 612** establece: "Nadie puede construir cerca de una pared, sea o no medianera, pozo,

13 Como antecedente al abuso de derecho, debemos recordar la teoría de los actos de emulación. LEVI (*L'abuso del diritto*, Milano, 1993, pág. 25) señala que el abuso del derecho tiene tras sus espaldas a los actos de emulación que refieren a los actos realizados en ejercicio del derecho de propiedad sin beneficio o utilidad por su dueño y sólo con intención o con conciencia de que se daña. El derecho condena el ejercicio malicioso de un derecho sin utilidad o sin necesidad. Se invoca el tradicional ejemplo del dique que realiza el propietario de un fundo sobre un riachuelo para que no pase agua a sus vecinos.



letrina, caballeriza, horno, fogón, artefactos que se muevan por el vapor u otra fábrica de que puedan resultar daños a los edificios o heredades vecinas, sin guardar las distancias prescriptas por los reglamentos generales o locales o sin construir las obras de resguardo necesarias y con sujeción, en el modo, a todas las condiciones que los mismos reglamentos previeran. Esta prohibición se extiende a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, salubridad o seguridad de los edificios. A falta de reglamentos generales o locales se recurrirá a juicios periciales”.

Por su parte, en el **artículo 614**, se establece: “Aunque un árbol esté plantado a la debida distancia, si extiende sus ramas sobre suelo ajeno o penetra en él por sus raíces, podrá el propietario del suelo invadido exigir que se corte el excedente de aquellas o estas o cortarlo él mismo”.

**De alguna forma, los actos de emulación son los antecedentes de la idea de prohibición del abuso de derecho, pero este concepto, como veremos, es más amplio pues el abuso de derecho deja atrás los índices subjetivos y además se proyecta con carácter general más allá de las relaciones de vecindad.**

### C) Teoría de las inmisiones

Inmisión significa intrusión, invasión. En nuestro tema aparece como invasión de la esfera jurídica ajena que causa **resultados no queridos** pero objetivamente perjudiciales a terceros. Invasiones en la esfera jurídica ajena sin intención de dañar son frecuentes cuando, por ejemplo por actividad industrial se generan olores, ruidos o humo que molestan a los vecinos (Ver Parte II N° 1). No es lo mismo el propietario que no sale del predio y actúa sobre el predio de un vecino (emulación) que el que sale por sus ruidos u olores sin intención de perjudicar y en forma inevitable.

La teoría de la inmisión determina, a su vez, un nuevo criterio que es el de la normalidad. Se consideran lícitas ciertas afectaciones que provienen de las necesidades cotidianas normales. Sólo lo extraordinario o anormal es cuestionado y posible de ser calificado como abusivo.

En el ejercicio del derecho de propiedad son tolerables y admisibles las inmisiones al predio vecino, con relación a las cuales el vecino debe actuar con tolerancia normal. En este ámbito es posible detectar una de las formas de ejercicio abusivo del derecho referido a



la relación de vecino, precisamente, cuando se pasan estos límites de tolerancia normal exigibles.

#### 4. DERECHO COMPARADO

Son precisamente estos cambios importantes en la forma de pensamiento jurídico los que llevaron a que las legislaciones posteriores al Código de Napoleón de 1804 comenzaran a darle acogida en forma expresa a la regulación del abuso del derecho.

##### A) Europa

En el **Código Civil Italiano de 1942**, en el Art. 833 se ordena que el propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otros. Se considera ilícito el contrato cuyo móvil sea actuar en fraude a la ley (Art. 1344), o que persiga un móvil ilícito (Art. 1345) apartándose del fin social de la ley.

No ha existido en este Código una consagración general de la teoría del abuso del derecho pues, como señala GIORGIANNI (*L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963 pág. 12), primó cierto temor por el hecho de que ello pudiera afectar la seguridad o certeza del derecho considerando suficiente la consagración del principio general de la buena fe, o la exigencia de corrección y lealtad en las conductas de acreedores y deudores impuestas por el art. 1755 del Código Civil de 1942.

Por otra parte, en el art. 147 del Proyecto del Código Italo-francés, se preveía: "Cada acto o hecho que manifiestamente exceda la intención del autor, por objeto o por circunstancias en la que es considerado, **el ejercicio normal de su derecho**, no es protegido por la ley y provoca eventualmente la responsabilidad el autor.

Esta disposición no se aplica cuando el derecho puede ser ejercido en forma discrecional".

En el **Código Civil Suizo de las Obligaciones de 1907**, el art. 2 escuetamente señala: "El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley".

A este precedente en el derecho comparado damos especial significación, pues supone, en los hechos, un reenvío de la norma al juez para que sea éste el que determine en el caso qué es lo que entiende por "abuso manifiesto".

En el art. 281 del **Código Civil Griego de 1941** se establece: "El ejercicio de un derecho esta prohibido si sobrepasa manifiestamente



los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres, o con el fin social o económico de dicho derecho”.

En el **Código Civil Alemán de 1900 - BGB**, en los párrafos 226 y 826, se regula el tema del abuso del derecho estableciéndose en el primer caso: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro” (226); y “El que de un modo contrario a las buenas costumbres, intencionalmente causa un perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación” (826).

**En España**, en la reciente reforma que se introdujo en el año 1974 en el título preliminar del **Código Civil**, en su **art. 7**, se establece: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe”.

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención del autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho con daño a un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización o a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

**En el Código Civil Portugués de 1967** en el art. 334 se establece “es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, o por la finalidad social y económica del derecho”.

Por su parte, el artículo 8 del **Código Civil Holandés** tiene un texto que para nosotros es el más acertado, al señalar: “**Existe abuso de derecho cuando se usa sin otra finalidad que perjudicar a o con una finalidad diferente a aquella para la que ha sido concedido, o en los supuestos en los que teniendo en cuenta la desigualdad entre los intereses implicados en el ejercicio del derecho y el interés que con dicha ejecución se perjudica, no hubiera debido razonablemente ejercitarse**”.

## B) América Latina

En la **Argentina**, luego de la reforma de 1968, el art. 1071 consagra la teoría del abuso del derecho señalando: “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 considerara tal al que contraria los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

En el proyecto de Reforma del Código Civil Argentino de 1998, en el Art. 396, bajo el título "Abuso de derecho", se previó: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal el que contraríe los fines que aquella tuvo mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El Tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de derecho anterior y fijar una indemnización si correspondiere".

En el Art. 397 se ordena: "Lo dispuesto precedentemente se aplicará cuando se abuse de una posición dominante"<sup>14</sup>.

En el reciente **Código Civil Boliviano** de 1976, en el art. 1279, se establece: "Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico social de esos derechos y deberes".

En el **Código Civil Cubano de 1988**, Art. 4, se dispuso: "Los derechos que este Código reconocen han de ejercerse de acuerdo con su contenido social y finalidad, y no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro".

En el **Código Civil Peruano** de 1984, se establece en su título preliminar Art. II "La ley no ampara el abuso de derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda". En el Art. 924, se señala: "aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abuso en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados".

Por su parte, en el art. 1979 del mismo cuerpo normativo, se dispuso: "No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1) Ejercicio regular de un derecho..."

Finalmente, debemos destacar que en el art. 103 de la **Constitución Peruana** de 1993 se dispuso: "La Constitución no ampara el abuso del derecho".

En el art. 1185 inc. 2º del **Código Civil Venezolano** se establece: "Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, ex-

14 Al estudio particular del Derecho Argentino dedicamos la Parte I nº 4 D.



cediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

En el art. 272 del **Código Civil Paraguayo** de 1987, se establece: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley puedan ejercerse discrecionalmente”.

BUSNELLI - PATTI (*ob. cit.*, pág. 174), con acierto destacan que cuando los códigos civiles no fueron claros en la consagración de este principio, ha sido la jurisprudencia la que lo ha consagrado, derivándolo en la mayor parte de los casos de la necesidad de actuar de buena fe en el ejercicio de los derechos. Así, el principio del abuso en el ejercicio del derecho surge en la mayor parte de los países, como regla jurisprudencial.

El **Código Civil Mexicano** de 1928, en el artículo 16, dispuso: “Los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, tienen la obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes de forma que no perjudiquen a la comunidad, bajo las sanciones establecidas en este código o leyes relativas”. El artículo 840 establece que “El propietario no puede realizar actos que sólo tengan por objeto molestar o causar perjuicios a terceros, sin utilidad para el propietario”.

En **Colombia**, la consagración del abuso de derecho llega a la propia Constitución del año 1991 cuando en el art. 95 se establece: “Son deberes de las personas y de los ciudadanos: 1) respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Referente a este tema podemos tener presente el art. 187 del **Código Civil Brasileño** de 2002 que: “También comete acto ilícito el titular de un derecho que en su ejercicio excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe y por las buenas costumbres”.

### C) Otros países

En el **Código Civil de Québec** (Canadá), en el art. 6, se establece que toda persona en el ejercicio de sus derechos debe actuar según las exigencias de la buena fe. En el art. 7.7 se ordena que: “Ningún derecho puede ser ejercido en vistas de dañar a otro en forma excesiva

o anormal, pues se actuaría en contra de las exigencias de la buena fe". En el art. 8 del mismo cuerpo normativo se señala que "no se puede reconocer el ejercicio de los derechos en la medida en que no lo permita el orden público".

En el **Código Civil de la Unión Soviética** de 1923 Art. 1, se dispuso "Los derechos civiles son protegidos por la ley salvo en los casos en que ejerzan contrariamente a su destinación económica y social".

En el **Código Japonés** de 1947 (art. 1), bajo el título "Principios", se señala: "1.- Los derechos privados están sometidos al bien común. 2.- Los derechos se ejercerán y los deberes se cumplirán, con lealtad, conforme a las exigencias de la buena fe. 3.- Se prohíbe el abuso de derecho".

#### D) Abuso del derecho en el Derecho Argentino

El art. 1071 del C.C. argentino, redactado por DALMACIO VÉLEZ SARFIELD preveía en forma categórica que "el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Esta redacción originaria se prestó para sostener que no tenía cabida el abuso de derecho pues el ejercicio de un derecho propio no se podía constituir en ilícito.

En el año 1968, con la importante reforma planteada por BORDA al código referido, se le agrega un párrafo que ordena: "**La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contraría 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**".

BORDA, que fue el promotor de esta importante reforma, coherente con esta línea de pensamiento, determinó, además, ajustes importantes, manteniendo una sistemática en todo el código civil respecto a los arts. 2513 y 2514 en lo que respecta al ejercicio del derecho real de dominio, estableciendo que: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y **gozarla conforme a un ejercicio regular**" (artículo 2513).

Se dispuso, además, que: "El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuera abusivo aunque privase a terceros de ventajas o comodidades" (artículo 2514).

TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA (*Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 83) consideran que con esta reforma se



adoptó la teoría del abuso de derecho desde la perspectiva objetiva, finalista o funcionalista.

Si bien es cierto que cuando se alude a los fines la norma parece referir a los fines del legislador al crear la norma, en realidad la norma alude a los fines de ésta, los que deben ponderarse objetivamente.

La consideración de lo que en el caso supone actuar de buena fe o en respeto a la moral o a las buenas costumbres, no es algo subjetivo sino de calificación objetiva, fundándose en las circunstancias del caso concreto.

Lo que sí es de destacar es que esta norma subordina el derecho a la moral y a las buenas costumbres en la determinación de lo que puede y debe considerarse como abusivo, y esto es realmente relevante.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA (*Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992, pág. 14), comentando esta reforma destacan la exigencia de admitir el ejercicio del derecho propio en tanto este ejercicio sea regular.

Si se mantiene la regularidad en el ejercicio del derecho, todas las consecuencias de sus proceder son lícitas y los daños que se puedan causar también debe asumirlos el que los padece.

Señalan los prestigiosos autores argentinos que si bien el art. 1071 del C.C. está emplazado en el título "De los actos ilícitos", sus alcances exceden la responsabilidad por daños: el acto abusivo es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares.

El abuso en el ejercicio del derecho se puede presentar como causa de justificación de paralización del derecho ejercido por el agresor fuera de su fin.

Con relación a los efectos del ejercicio abusivo, los autores citados consideran que cuando el abuso es invocado para prevenir daños o hacer cesar un perjuicio, ello no exige prueba de la culpa, pero si se persigue el resarcimiento de daños, se deben aplicar las exigencias generales y, por tanto, la prueba de la culpa o dolo en estos casos es necesaria para justificar la exigencia del derecho resarcitorio.

Cuando se plantea la existencia de una actividad que implicó ejercicio abusivo del derecho, ello debe probarse. El abuso de derecho invocado como defensa requiere la actividad probatoria e incumbe a quien denuncia el ejercicio abusivo de un derecho la prueba de los hechos que permiten caracterizarlo en los términos que establece el artículo 1071. Debe especificarse cuáles son los fines que se contrariaron, cómo se pudieron haber transgredido las buenas costumbres



o el orden público, cómo se excedieron los límites impuestos por la buena fe y la moral.

Lo que sí queda claro en el régimen argentino es que no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso e incluso, desde nuestro punto de vista, es dudoso que se exija la culpa pues la norma a lo que refiere es a la contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocer estos derechos, pudiéndose presumir la culpa cada vez que nos apartamos de los fines.

LEONFANTI (*Abuso de derecho*, Buenos Aires, 1945, pág. 13) ya desde antes de la reforma del 68 no sólo admitía en el derecho argentino la figura del abuso de derecho sino que la presentaba como principio general del derecho.

CARRANZA (*El abuso de derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1970, pág. 32), entendía que se estaba ante una forma de ilicitud donde, al principio, si bien no se constata la ilicitud, asumiéndose una conducta legítima, en la que aparece el sujeto como titular de un derecho, lo irregular comienza en el ejercicio de este derecho que es donde aparece la ilicitud.

RIVERA (*Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, 1994 pág. 93), refiriendo al nuevo texto del art. 1071 del C.C., considera que se ha seguido un criterio objetivo pues no se priorizan los elementos subjetivos que responden a la conducta del que abusa sino que se pondera el fin de la norma, la buena fe, la moral y las buenas costumbres para identificar una situación de abuso.

BUSTAMANTE ALSINA (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1993, pág. 456), comentando precisamente el art. 1071 en su nueva redacción, entiende que nos hallamos ante un factor de atribución del daño que funciona con prescindencia de la culpa. En consecuencia, incurrirá en responsabilidad todo aquel que en el ejercicio de su derecho se desvía de los fines que tuvo en mira el legislador al reconocerlo y al hacerlo causa un perjuicio a otro.

También será abusivo el ejercicio del derecho cuando se ataquen principios de moral y buenas costumbres o se excedan los límites de la buena fe que deben imperar en las relaciones jurídicas. La función del juzgador consistirá en realizar una valoración del acto frente a una concepción objetiva de la moral, las buenas costumbres y las pautas compatibles con el principio general de la buena fe.

Este factor, puede funcionar independientemente de toda culpa de quien ejerce su derecho en forma abusiva pues se está ante un factor objetivo de atribución de responsabilidad que convierte en



ilícito al acto, desde que el juez lo valora a la luz de una concepción abstracta de lo que es contrario a los fines para los que el derecho fue instituido, o de lo que ataca a la moral o las buenas costumbres o excede los límites de la buena fe.

MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, t. IV, Santa Fe, 1999, pág. 127), sostuvo que no se trata de hacer con los derechos que el ordenamiento me reconoce o acuerda "lo que me dé la gana"; semejante visión individualista y egoísta de los derechos subjetivos es sustituida por una solidarista, muy atenta a la función social que se busca o prevé con el reconocimiento aludido. Esta función no es otra que el logro del bien común. Es la que se desprende del orden natural de las cosas y no, claro está, la que se le ocurre al gobernante de turno. Bien común que no puede confundirse con el bien personal desinteresado del bien o mal que se siga para los demás, que es el bien de cada uno conciliado con el de los demás.

**En criterio que se comparte, sostiene el autor que el abuso de derecho es una idea de derecho natural**, de una concepción no positivista para la cual lo justo puede no estar en la normativa vigente sino más allá de ella. Empero, ello no significa de manera alguna que se trate de una idea retrógrada o conservadora, que ostente al progreso o evolución del derecho, que apunte a mantenerlo congelado, frenado en el tiempo frente a las nuevas circunstancias.

También para este autor es básico destacar que el criterio para distinguir el ejercicio regular o abusivo del derecho es objetivo, pues atiende a los resultados, a las consecuencias y prescinde de los factores subjetivos culpa y dolo. No es eximente válida frente a la responsabilidad que engendra un ejercicio abusivo, la alegación de la no consciencia o de la imprevisibilidad. De esta forma el ejercicio abusivo como fuente de responsabilidad se configura cuando: a) se usa del propio derecho con el deliberado propósito de dañar a un tercero; b) se ejercita un derecho de manera que causa daño a un tercero sin servir a ningún interés propio; c) el ejercicio aparece contrariando el objeto de su institución, su espíritu y finalidad y origina un daño; d) el derecho se practica con exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres que materializan la subordinación del orden jurídico a la moral y engendra un daño.

Con acierto, el autor citado entiende que **a la hora de calificar el abuso de derecho con relación al apartamiento de los fines, se debe tener en cuenta que el derecho natural señala un fin primario a toda regla de derecho positivo: servir al bien común.** Para ello,



habrán de considerarse las circunstancias que individualizan cada realidad social.

## 5. TERMINOLOGÍA

Abusos proviene del latín "abusus" (ab = contra, usus = uso) lo que supone, en esencia, "mal uso". Existe una apariencia de regularidad pero, en esencia, existe un mal uso o uso excesivo de un derecho. La denominada teoría del abuso del derecho refiere a la determinación de criterios para establecer, precisamente, pautas de identificación generales de estos abusos o usos incorrectos, auspiciándose medidas restitutorias de los desequilibrios perdidos; el resarcimiento de los daños causados en miras a la preservación de la organización social y el bien común.

La polémica en torno al abuso del derecho comienza con su misma denominación pues se dice que es una contradicción hablar de abuso de derecho. Si el acto es abusivo no puede ser conforme a derecho. Si ejecuto un derecho es algo lícito y no abusivo o ilícito.

Se podrá abusar de las cosas pero no de los derechos. El derecho cesa donde comienza el abuso. Un mismo acto no puede ser al mismo tiempo conforme al derecho lícito y abusivo (ilícito).

Lo que sucede, en realidad es que en este planteo se usa el término derecho con significados diferentes. En un caso es el derecho subjetivo y, en el otro, el derecho objetivo. Un acto puede ejercerse en función de un derecho subjetivo y ser extraño al orden jurídico desde el punto de vista del derecho objetivo. Una cosa es el medio y otra el fin. Una cosa es el derecho subjetivo y otra el fin que se busca con su ejercicio.

En honor a la verdad, razonando esta propuesta de JOSSERAND, vemos que la misma igualmente deja dudas pues el derecho es único y sistemático. El derecho subjetivo existe porque así lo establece el derecho objetivo y son interdependientes. Todo lo que es abusivo se debe prohibir, pero en ocasiones estos "abusos" en la convivencia social se toleran en aras del progreso y desarrollo y en beneficio del bien común.

En lugar de utilizar el término "abuso", algunos autores prefieren utilizar el término "exceso" en el ejercicio de un derecho porque donde comienza el abuso termina el derecho aun cuando éste sea encarado como derecho subjetivo. BRECCIA - GERI - NATOLI - DELLI (*Derecho civil*, Colombia, 1992, pág. 481) consideran que el comportamiento definido tradicionalmente como abusivo no sería ni más



ni menos que la superación de los límites del derecho propio y por tanto lo que parece correcto es simplemente limitarse a la figura del exceso en el ejercicio de derechos, situación que se acerca muchísimo al planteo de nuestro Art. 1321 del C.C.

En esta misma línea de pensamiento, pero por cierto muchos años antes, orientado en las magníficas ideas de EDUARDO ACEVEDO, asumidas luego por TRISTÁN NARVAJA, se disponía “el que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable”.

JULIO CORREA (*Para leer el Código Civil*, Lima, 1986, pág. 42) considera que **de lo que se abusa no es del derecho sino del ejercicio del mismo**, siendo más precisa la terminología abuso en el ejercicio del derecho, que limitarnos a referir sólo a abuso de derecho.

Además, corresponde aclarar que **de lo que se abusa no es del derecho objetivo sino del derecho subjetivo al ejercitarlo**. Cuando se usa el término “abuso en el ejercicio del derecho” se refiere exclusivamente al derecho subjetivo en su faz activa. No sólo una ley o un artículo que refieren a él en forma más o menos ambigua condenan el abuso y lo controlan sino que a él refiere todo el orden jurídico constituido por leyes (tratados, Constitución, decretos), costumbres, principios generales como el de la buena fe y especialmente los valores en juego que forman parte del Derecho, como la equidad.

## 6. IMPORTANCIA DEL ABUSO DE DERECHO

### A) Presentación del tema

La trascendencia incuestionable de este instituto se puede constatar desde diversos puntos de vista. Por un lado, se ha convertido en un instrumento de flexibilización y adaptación dentro de la legalidad del derecho a las nuevas realidades sociales, económicas, tecnológicas y, por otro lado, asume su aplicación una verdadera significación en el desarrollo de la realidad socio-política.

### B) “Jurisdiccionalización” sobre la legislación

MARTÍNES (*Teorie e praxis sull'abuso del diritto*, Milano, 2006, pág. 1) destaca que la importancia del tema no está solo en la gama cada vez mayor de casos prácticos en los que se ve relacionada la figura del abuso de derecho sino que se ve en la aplicación de este instituto una **verdadera jurisdiccionalización sobre la legislación**. De alguna forma ello implica una inversión de la antigua tendencia donde lo único importante era el respeto de la ley, y ello tiene distintas causas.

Primero, el cambio acelerado de la realidad económica y social que, en ocasiones vuelve a la norma inadecuada, posibilitando que ésta, ello no obstante, dé respuestas justas. En segundo lugar, la globalización de los mercados y de la misma sociedad creando situaciones a las que no llega la ley circunscripta a un territorio determinado.

Cuando se advierte cómo la figura del abuso de derecho se aplica al ejercicio abusivo del derecho de receso, al abuso de la persona jurídica se constata la labor creativa y cómo en estas normas elásticas el juez da vida a las normas de derecho. Interesa destacar que aún en los países que no tienen referencia expresa en sus normas la teoría del abuso de derecho, la deduce de principios generales como el de la buena fe y el de la justicia.

A través de figuras como la del abuso de derecho es posible -según MARTÍNES (*ob. cit.*, pág. 4), cumplir un objetivo en función de racionalización de las orientaciones interpretativas, brindando la norma una necesaria elasticidad. Ello se advierte con claridad con la adaptación de su aplicación a las circunstancias del caso, dando vida a principios generales como el de abuso de derecho. A través de estos principios, operados por la jurisprudencia, se establecen criterios que intervienen para adecuar y completar las normas que regulan el orden jurídico. De esta forma se logra la subsunción del caso concreto al paradigma normativo y se cumple una verdadera función de creación de derecho, no en forma arbitraria e incontrolable sino como resultado de la interpretación sistemática dentro de lo razonable.

La valorización de conformidad en la jerarquía judicial sobre la "nueva solución" a dar al problema, marca para el futuro la fuerza del precedente y para el pasado evidencia una función integrativa, todo lo cual otorga al juez legitimidad en su proceder y evidencia n proceso de jurisdicción de la legalidad a que se hiciera referencia.

Este enfoque, en definitiva, ratifica los errores y exageraciones de aquellos que entienden que todo está en respetar solamente el texto de la ley y, por error, sólo en ésta ponen toda su confianza y esperanza.

### **C) Significación "socio política" de la vigencia de la teoría del abuso del derecho**

La figura del abuso del derecho no es un invento de algún jurista trasnochado o inteligente, sino que es una respuesta a una necesidad de carácter ético y social generada por la presión de las circunstan-



cias que causaban daño injusto encubiertas en la aparente legitimidad que supondría, en ciertos casos, el ejercicio de un derecho.

**El derecho no es para los individuos aislados sino para personas que viven en sociedad** y forman parte de su dignidad, precisamente, de ser social y deben asumir responsabilidades por esa realidad social que exige preocuparse por una sociedad solidaria y justa.

El excesivo individualismo que pasa por un egoísmo nefasto, aísla al sujeto que tutela sólo sus intereses ignorando los de los demás.

**El enfoque social del derecho** es algo hoy asumido como una realidad irreversible y poco cuestionable. Como bien destaca FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 18), se llega a comprender que si bien el "yo" no se confunde con el "nosotros", el "nosotros" está implantado en la estructura del "yo".

El ser humano tiene dos dimensiones: una referida a su individualidad (cuerpo y alma) y otra en su carácter social por su coexistencialidad.

La persona es un ser social y necesita del otro para realizar su vida. No se concibe a la persona sola, incomunicada, autosuficiente, encerrada en sí misma, prescindiendo de los demás. Lo social forma la realidad ontológica de la persona.

ALPA - BESSONE ("I fatti illeciti", *Trattato di Diritto Privato*, volumen 14, pág. 61) con acierto señala que el surgimiento de la figura del abuso del derecho significa que la doctrina y la jurisprudencia de este siglo debieron afrontar el problema del ejercicio del derecho subjetivo no solo como manifestación de la libertad individual sino en la perspectiva de atemperar los intereses individuales en conflicto entre ellos, y, sobre todo, en la perspectiva de privilegiar los intereses de la colectividad frente a los intereses del individuo que haya abusado de su derecho. Es un poco la última hora del individualismo que lleva a replantear el ejercicio ciego de los derechos dándose fin a los excesos en cuanto lesionaban intereses ajenos. Se deja la visión unidimensional del derecho como norma y se advierte que el ejercicio de éste sólo tiene sentido en la medida en que se aprecie la realidad social y económica en los valores que están implícitos en su ejercicio. De aquí entonces la razón de porque dimos nuestra visión de lo que es el Derecho en su enfoque tridimensional.

**El abuso del derecho cobra vigencia como reacción a las consecuencias del individualismo egoísta que pretendió considerar a la persona aislada de la sociedad, imponiendo en su lugar la vigencia de valores solidaristas tendientes al bien común.**



Para RESCIGNO (*ob. cit.*, pág. 228), el abuso del derecho surge como cualquier emergente histórico del desarrollo y de las contradicciones de la sociedad liberal y de la economía capitalista, mantenida abierta por la crisis siempre más aguda de la sociedad liberal y del sistema económico. En la aplicación de la teoría del abuso del derecho se encuentra la evolución más típica del Derecho del siglo XX a XXI en un enfoque solidario (MARTÍN BERNAL, *ob. cit.*, pág. 218).

**En esencia, la denominada teoría del abuso del derecho no es más que un ajuste a la teoría de los denominados «derechos subjetivos absolutos».** El ejercicio absoluto del derecho de expresión del pensamiento puede tener consecuencias socialmente intolerables. ¿Cómo marcar estos límites del derecho individual ante el interés social o general?

Es precisamente con este objetivo que en el siglo XIX se inventa la teoría del abuso del derecho, para explicar cómo el ejercicio de un derecho puede suponer un acto ilícito. No estamos ante un acto lícito que termina siendo ilícito.

Con particular realismo y acierto, ciertos autores (FLEITAS, *El abuso de derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1944, pág. 153) sostienen que la figura del abuso de derecho surge, en definitiva, como reacción al individualismo y absolutismo de ciertos principios proclamados por la Revolución Francesa de 1789. Los abusos en el ejercicio de ciertas libertades individuales llevaron a un replanteo en pos de valores personales y sociales que se veían afectados.

RESCIGNO ("L'abuso del diritto", en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, pág. 218) sostuvo que el abuso de derecho fue necesario para controlar los excesos y contradicciones de la sociedad liberal y la economía capitalista.

El replanteo y la mayor importancia del abuso de derecho se constata en superar la visión individualista, patrimonialista del orden jurídico, y contemplar la vigencia de los derechos en un ámbito solidarista y personalista, donde no sólo se debe proteger a los patrimonios y a los bienes, sino, y especialmente, a las personas, conviviendo pacíficamente en función del bien común. Este cambio de óptica en el sistema jurídico es impulsado por ciertas reformas constitucionales que propician, precisamente, esta visión personalista y solidarista del derecho.

#### D) Posibilita la moralización y humanización del derecho

Quizás el aspecto más importante de la teoría del abuso de derecho está en que la flexibilización que permite la aplicación del derecho posibilita una humanización y moralización en el logro de soluciones más justas acordes a las nuevas realidades socio-políticas y económicas.

### 7. CONCEPTO DE ABUSO DE DERECHO

La noción de abuso de derecho irrumpe en la doctrina a principios del siglo XX con pretensión incluso de autonomía en cuanto a instituto jurídico (RESCIGNO, *ob. cit.*, pág. 242). La doctrina no ha sido uniforme, por cierto, en la forma de definir y encarar el concepto de abuso de derecho, sino que, por el contrario, ha presentado distintas propuestas que van desde la negación lisa y llana de la figura hasta su aceptación. Dentro de ésta, a su vez, se han propuesto distintos criterios para conceptualizar la figura del abuso del derecho a que se hará referencia a continuación.

Para GUASP (*Derecho*, Madrid, 1971, pág. 9) toda noción de derecho requiere destacar dos elementos que son esenciales e inseparables: uno material, que refiere a las relaciones entre los hombres que vienen sociedad y otro formal, que alude a la necesidad de organización de esta sociedad a través de la imposición de normas de conducta. El derecho no crea una sociedad sino que la presupone como realidad preexistente.

El derecho se basa en la sociedad ya existente y responde a ella (*ubi societatis ubi ius*). Ésta, a su vez, está conformada por una realidad ética y económica que se proyecta en el derecho. **Sin el elemento material, el derecho sería pura forma y sin el elemento formal, el derecho sería pura realidad social. El derecho no es ni una cosa ni la otra en forma aislada.**

Así las cosas, el derecho –como dijéramos– no es sólo forma sino que es parte de su realidad la consideración de la realidad social, económica y los valores a los que responde.

El derecho se funda en principios básicos que explican su génesis. El fundamento del Derecho no puede hallarse en nada que sea esencialmente jurídico pues es indiscutible que nada puede apoyarse en sí mismo sino en otra realidad ajena. Los principios jurídicos son el fundamento del derecho. La paz, la justicia y la seguridad son los principios elementales y primarios de todo sistema jurídico.

Importa determinar no sólo de dónde viene el derecho sino especialmente prever a dónde va y para ello, junto a los principios se



deben definir los fines jurídicos. No se debe confundir el contenido con los fines del derecho. El primero está dentro de él; el segundo está afuera y marca hacia dónde tiende su aplicación y los efectos o consecuencias esperadas. **Los fines del derecho no responden a la pregunta del "por qué" sino del "para qué".**

Los fines del derecho identifican lo que éste persigue o rechaza. Desde este punto de vista, el fin del derecho es en esencia su causa o razón de existir. Para entender la figura del abuso del derecho es necesario ubicar donde está este fin respecto del derecho.

Cuando se ejerce un derecho sin respetar la finalística que justificó su existencia y se buscan otros fines diferentes y, por tanto, no reconocidos por el orden jurídico, entramos en la figura de lo ilícito y abusivo. El abuso de derecho se presenta con un apartamiento frontal no encubierto de los fines. En el abuso del derecho el derecho existe si no, no podría ser abusado.

### A) Tesis Negativa

#### a) Planteo de PLANIOL

DUGUIT (*Las Transformaciones del Derecho Privado*, Buenos Aires, 1975) y PLANIOL (*Tratado Práctico del Derecho Civil francés*, tomo 6, La Habana, 1940, pág. 791) propusieron la tesis negativa, sosteniendo que la doctrina del abuso del derecho es un procedimiento inventado por los juristas de un cierto momento histórico para salvar o atenuar los efectos que provenían del ejercicio del derecho de la propiedad, considerado como un derecho subjetivo de carácter absoluto. Es decir, una concepción que, sin salirse del campo propio de la licitud, mitigaba las consecuencias extremas o excesivas en el ejercicio de tal derecho civil patrimonial.

No hay que dejarse engañar por las palabras: el derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo y única acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho.

STARCK (*Obligations*, París, 1972, pág. 185) entiende que el derecho subjetivo no existe sin norma que lo reconozca, y siendo así, es inevitable admitir, como lo hace PLANIOL, que el derecho cesa donde comienza el abuso. Se entiende que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho, por lo que la denominación uso abusivo de los derechos es una logomaquia, pues si uso de mi derecho, mi acto es lícito, y cuando es ilícito es porque yo traspaso mi derecho y actúo sin derecho.

Esta postura, de corte claramente individualista, asume la absolutez de los derechos subjetivos, pensando que sólo el legislador los confiere y limita o elimina si lo entiende necesario. Por lógica, si hay un derecho conferido por el derecho objetivo, no puede haber un ilícito o un abuso.

Todo acto abusivo, por el solo hecho de ser ilícito, no es el ejercicio de un derecho y no constituye el abuso de derecho una categoría diferente a la del acto ilícito. El derecho cesa donde comienza el abuso, y no puede haber uso abusivo de ningún derecho por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la misma vez conforme a derecho y contrario a derecho.

*b) Respuesta de JOSSERAND y MAZEAUD*

La respuesta a PLANIOL fue dada con firmeza por JOSSERAND, quien denuncia al primero por incurrir en un sofisma procedente de una confusión verbal. Decir que un acto a la vez no puede ser contrario y conforme a derecho es contrario al mismo sentido de lo que es derecho, el que está constituido por un derecho objetivo y un derecho subjetivo. Una cosa es el derecho objetivo, y otra la forma como se ejerce el derecho subjetivo que aquél confiere. En este último ámbito, deben contemplarse limitaciones propias del fin o del valor que el derecho objetivo pretende lograr.

JOSSERAND (*ob. cit.*, N° 245) califica a la tesis de PLANIOL como una "bufonada jurídica" que crea una confusión entre las dos acepciones de la palabra derecho, que unas veces refiere al conjunto de reglas sociales (derecho objetivo), y otras a una prerrogativa determinada (derechos subjetivos). El acto abusivo es, entonces, el que no obstante haberse realizado en virtud de un derecho subjetivo cuyos límites han sido respetados, es contrario al derecho considerado como un conjunto y como juridicidad, es decir, como cuerpo de reglas sociales obligatorias. Surge claro que los derechos subjetivos en su ejercicio tienen dos tipos de límites: uno que es inherente al contenido de su mismo alcance, y el otro de carácter general. Se cristalizan deberes subyacentes en los principios generales de derechos como son, entre otros, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público, y el propio abuso de derecho.

La crítica en el sentido de que en el abuso del derecho se confunde el derecho con la moral, la responde JOSSERAND (*ob. cit.*, pág. 275 y 276), sostenido que más que una crítica es un acierto pues la moral y el derecho no están para presentarse subdivididas sino para influirse recíprocamente. No es compartible el esfuerzo de separar el derecho





de la moral. Todo derecho supone un fin ético social que aparecen como realidades indisolubles<sup>15</sup>.

El error de JOSSERAND en su propuesta, para otros autores, estuvo en separar o desconectar el derecho objetivo del subjetivo, planteo que sólo puede hacerse en la teoría pero no en la práctica, pues el derecho subjetivo sólo existe en virtud del derecho objetivo.

MAZEAUD - TUNC (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, 1960, t. I, n° 551), WEILL (*Les obligations*, N° 629), GHESTIN - GOUBEAUX (*ob. cit.*, pág. 617) sostienen, en criterio que después siguió gran parte de la doctrina, que respecto del derecho subjetivo operan dos tipos de límites: externos, marcados por el derecho objetivo, e internos, que surgen de la vigencia de principios generales o del espíritu del sistema jurídico.

Para estos autores el abuso de derecho no es fuente de responsabilidad distinta de la responsabilidad por culpa. El abuso de derecho es una culpa cometida en el ejercicio del derecho y se regula por los principios generales de la responsabilidad civil. El abuso de derecho no sería una fuente autónoma de obligaciones sino que entraría en la categoría general de la responsabilidad por culpa.

La problemática del abuso de derecho se centra hoy en determinar la forma de describir, precisamente, el alcance de estos límites internos, y a ello se abocan la mayor parte de las tesis positivas a que aludiremos a continuación.

#### c) Otros planteos negativos

En estas líneas negativas, no faltaron quienes sostuvieron que el abuso de derecho es un fenómeno social, no un concepto jurídico (ROTONDI, "L'abuso del diritto", *Rivista di Diritto Civile*, 1923, pág. 105 y ss., 209 y ss.). Otros resisten esta figura pues su admisión significa-

15 También se ha cuestionado en el abuso de derecho que el carácter indeterminado de su concepto importa otorgar demasiadas facultades a los jueces. A esto JOSSERAND (*ob. cit.*, pág. 280) contesta que el juez debe hacer justicia y ajustar el derecho a los hechos. Para ello, conceptos como el del abuso de derecho constituyen, en manos del juez, un inigualado poder moralizador gracias al cual nuestras civilizaciones pueden realizarse conforme a su espíritu y no son mera abstracción. La peculiaridad del abuso de derecho para JOSSERAND (*ob. cit.*, n° 292) está en que se parte del ejercicio de un derecho subjetivo mientras que en los demás casos se parte de la ausencia de un derecho. Además, no se requiere necesariamente la existencia de dolo como factor de imputación de responsabilidad, alcanzando con actuar objetivamente al margen del fin al que debe responder el derecho objetivo.

ría abrir las puertas al arbitrio del juez y afectar seriamente la certeza del derecho (SANTORO PASARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1954, pág. 78; GIORGIANI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963).

MARTÍNEZ MUÑOZ (*¿Abuso de derecho?*, Madrid, 1998) sustenta más modernamente una postura negativa al sostener que el abuso de derecho en sí mismo no es más que la aplicación de principios tales como el de la buena fe o la equidad. Pensamos que, aún enfocado el tema desde esta óptica, no deja de ser un principio general que se obtiene por remisión de otros, como el de la buena fe, pero no deja por ello de ser en sí mismo un principio con autonomía de contenido.

## B) Tesis Positivas

La tesis positivista parte de una respuesta clara al planteo formal (aparentemente incuestionable) de PLANIOL conforme al cual si bien es cierto que el derecho cesa donde el abuso comienza, y que el acto es ilícito o lícito, no menos cierto es que el hecho de que la norma reconozca un derecho no excluye que cuando éste se ejerce no pueda actuarse en forma irregular, anormal o contraria a los fines que justificaron esa norma, o los principios generales del derecho.

El abuso del derecho exige superar el enfoque meramente formal del orden jurídico y pasar a la consideración de los fines, valores y principios propios de la norma en cuestión y del orden jurídico como un todo.

Como bien advierte ALTERINI (*El incumplimiento considerado en sí propio*, Buenos Aires, 1963, pág. 22) el campo de la trasgresión normativa es mayor que el del ilícito y **no todo lo lícito es honesto y correcto**.

Existen criterios de ordenamiento de las propuestas doctrinarias para fundar el abuso de derecho. JOSSE RAND (*ob. cit.*, pág. 386-387) propone diferenciar: a) el **criterio intencional**: parte de la existencia de intención de dañar al ejercerse el derecho; b) el **criterio técnico**: se caracteriza por exigir la existencia de culpa en el ejercicio derecho para declarar la existencia de abuso; c) el **criterio económico**: el acto abusivo se genera por la falta de interés legítimo al poner en movimiento la facultad o el derecho subjetivo; d) el **criterio social o finalista**: el acto abusivo se caracteriza por el ejercicio de un derecho desviado del fin o función social que lo identifica.

PEIRANO FACIO (*ob. cit.*, n° 158 pág. 286) entiende que a pesar de su lógica aparente las tesis negativas no han podido impedir el de-



sarrollo y el triunfo de la figura del abuso del derecho en el mundo contemporáneo y ello porque esta teoría, en esencia, responde a un verdadero postulado de justicia que los argumentos de sus adversarios no han podido impedir.

Cierto es que en la actualidad la teoría del abuso de derecho se encuentra plenamente consagrada. Pero si esto es así, no existe, en cambio, tan pacífico acuerdo respecto a la determinación de los criterios que hay que usar para apreciar cuándo existe abuso de derecho en cada caso concreto, es decir, cuándo se trata de elegir qué detector nos permitirá hallar los derechos que se ejercen de modo abusivo.

Para determinar el alcance del abuso de derecho, quienes afirman la existencia de este instituto han expuesto sus criterios objetivos y subjetivos.

*a) Criterios subjetivos*

Para los que sustentan este criterio, hay abuso de derecho cuando el derecho subjetivo se pone en ejercicio con el solo ánimo e intención de perjudicar a otro sujeto, o en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio.

El acto es abusivo cuando su móvil principal es dañar a otro, aún cuando puedan existir otros fines secundarios.

RIPERT (*ob. cit.*, N° 93) sostiene que lo importante en el abuso del derecho es la intención de causar daño a un tercero, y entiende que este instituto no está tanto enmarcado dentro del universo de la responsabilidad civil sino que se está más bien ante un deber moral del cumplir y ejecutar los derechos como los concede el orden jurídico<sup>16</sup>.

En esta línea subjetiva estuvieron quienes, sin exigir exclusivamente intención de dañar, destacaron que debe al menos existir culpa o dolo. Así, MAZEAUD - TUNC - CHABAS (*ob. cit.*, t. I, pág. 547) sostienen que para que haya abuso de derecho no siempre es necesaria la intencionalidad, sino que alcanza con analizar si existió culpa.

Para estos autores, como se dijo, el abuso de derecho no siempre tiene que ser intencional y consistir en el desvío de la finalidad social de los derechos.

16 Considera el autor no sólo que el abuso de derecho se funda en la intencionalidad sino que afirma que esta institución no se enmarca en el único universo de la responsabilidad civil, perteneciendo más bien al deber moral de cumplir y respetar los derechos concedidos por el orden jurídico. El abuso de derecho parece consistir en un caso de conflicto entre el derecho y la moral o, con más precisión, entre el derecho positivo que pertenece a una persona y un deber moral que también le incumbe. Al usar de un derecho se debe actuar moralmente y si ello no ocurre, se abusa del derecho.

**De aquí se infiere que el abuso del derecho se puede deducir de la intención de causar un perjuicio, de la existencia de una acción culpable o negligente; de la no existencia de un interés serio y legítimo para el ejercicio del derecho.**

Según este enfoque para que exista abuso de derecho se necesita la existencia de una conciencia de que se está actuando no para satisfacer el propio interés sino para perjudicar el ajeno. En estos casos es necesario ponderar la existencia de dolo o culpa dentro de los principios generales (ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, 1999, n° 1755, pág. 736). Este criterio se amplía cuando se admite el abuso aun en casos de negligencia o imprudencia y no solamente cuando hay dolo. La presencia de intencionalidad no es, en la práctica, lo más frecuente. Por desatención o negligencia se puede incurrir en abusos, y esto es lo que importa destacar desde este punto de vista.

En esta categoría subjetiva se ubica también el criterio que propone determinar el abuso de derecho cuando **se actúa sin un interés serio o legítimo**. Si el derecho subjetivo se toma como el interés jurídicamente protegido (IHERING), el abuso estaría en actuar sin interés.

MAZEAUD - TUNC (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, pág. 256) critican lo limitado del criterio de la exigibilidad de intención y proponen una solución técnica o de la culpa para comprender el abuso de derecho por negligencia o imprudencia del titular.

El enfoque subjetivo supone el criterio general de que no hay responsabilidad sin culpa. El abuso de derecho sería una especie de acto ilícito en forma de delito o cuasidelito o, en términos de DEMOGUE (*Traité des obligations*, t. IV, París, 1928, pág. 354) una especie de acto ilícito disimulado en el ejercicio de un derecho.

**Las críticas** que se formulan o las dificultades que se señalan a esta tesis están sobre todo en el perfil probatorio: cómo probar esa intención de dañar, esa culpa, o cómo acreditar esa falta de interés.

Además, exigir dolo o exigir culpa implica una limitación del ámbito del abuso del derecho que no parece correcto. Se omite la contemplación de aquellas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales.

*b) Criterio objetivo, finalista o funcional*

#### **i. Presentación del tema**

Se entiende que hay abuso de derecho cuando éste es ejercido con anormalidad o irregularidad y ello ocurre cuando en el ejer-



cicio del derecho existe apartamiento del fin o función para el que fue reconocido. **“Lo anormal es antisocial, lo que se aparta de lo racional, lo que supone dejar de lado pautas básicas de conducta como la exige proceder de buena fe”.**

Cada derecho subjetivo es reconocido y respaldada su exigibilidad para realizar un fin o cumplir determinada función (social o económica); lo que importa es el apartamiento del fin económico o social a que responde el derecho.

De un plano objetivo, coliden intereses de las dos partes que aparecen como contrapuestos y debe establecerse prioridades, comparando la significación real de cada uno y, finalmente, priorizando uno sobre el otro y de allí concluir qué ejercicio de qué derecho fue abusivo.

JOSSE RAND (*El espíritu de los derechos y su relatividad*, Puebla, 1946 pág. 248) considera que todo derecho debe responder en su ejercicio a un motivo legítimo. La legitimidad de la función o del fin con el que se contrata o se ejerce un derecho representa una verdadera función de policía jurídica (*ob. cit.*, pág. 250). Para este autor, los derechos subjetivos no son siempre absolutos y la mayoría de las veces debe cumplir una función o un fin social. Cuando en la ejecución del derecho se desvía del fin social que justificó su reconocimiento, se actúa sin un interés legítimo y, si se daña a un tercero, podría configurarse abuso de derecho y responsabilidad.

Se debe comparar el **móvil** perseguido por el que se ejerce el derecho subjetivo y el fin de la norma por la que éste fue reconocido. Si existe concordancia, el derecho se ejerció normalmente y si hay discordancia, se configura abuso de derecho.

El acto es normal o abusivo según se actúe o no con un **móvil (legítimo) coincidente con el fin de la norma.**

En el derecho es muy importante ponderar los motivos legítimos, el interés legítimo, la causa legítima, el justo motivo o el móvil legítimo. A medida que se consolida una sociedad se priorizan valores tendientes a una convivencia pacífica y justa.

JOSSE RAND (*El abuso de derecho y otros ensayos*, Bogotá, 1982, pág. 4) considera que los derechos derivan en su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos, son pues, absolutos y no relativos y si se abusa de ellos, se debe responder ante la víctima



de la desviación culposa. En vano se objetaba que el titular ha ejercido un derecho ya que ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho y es precisamente esa culpa la que se llama abuso de derecho. Un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en contra del derecho en general<sup>17</sup>.

Todo se reduce, pues, a discernir, por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte, el móvil al que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente, es decir, impunemente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente.

**El móvil se convierte así en el centro mismo del problema.** Constantemente la jurisprudencia francesa y la belga se inspiran en el motivo legítimo o legítimo, que ha guiado al titular del derecho; constantemente se refieren a la función de intereses legítimos y el propio legislador francés obedece a veces a esta terminología: "cuánto vale el móvil a que el agente ha obedecido, tanto vale, jurídicamente, el acto que ha cumplido bajo su influencia". En cuanto a los móviles ilegítimos constitutivos de abusos, varían evidentemente según la naturaleza del derecho ejercido: los hay como colusión, el concierto fraudulento, el fraude a la ley, la intención de perjudicar, entre otros. Para el autor citado, las nociones de móvil y de fin constituyen el centro nervioso de todo el sistema de abuso de los derechos.

El enfoque objetivo del abuso de derecho, en realidad se aleja de consideraciones personales del que debe establecer cuáles son los límites que marcan el exceso en el ejercicio del derecho y propone distintas pautas objetivas de definición de estos límites, que son los que identifican al abuso.

17 El autor citado continúa señalando "hay armas lícitas que se convierten en armas envenenadas cuando se utilizan de cierta manera o en ciertas condiciones. En todo caso son el móvil y el fin los que deben considerarse. A menudo el fin es susceptible de justificar los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin: ello sería la inversión de la moral, sería una inmoralidad a la par que un absurdo, significaría el campo ampliamente abierto a la mala fe y al fraude. Es necesario que el derecho continúe siendo la ciencia definida en Roma por el jurisconsulto CELSO, "arponi et aequi", escuela de probidad y equidad". El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, van contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; el criterio puramente intencional tiende a sustituirse por un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada.



Para GAMARRA (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, 1980, t. XIX, pág. 206), como la norma no define estos límites, serían extralegales. No se comparte la denominación de extralegal para identificar estos criterios pues la técnica legislativa que implica la utilización de estándares jurídicos o términos abiertos para identificar la conducta debida, supone una delegación dentro de la legalidad, de facultades al juez para que determine dentro de lo que él entienda razonable, según las máximas de la experiencia, cuáles son las pautas relevantes en el caso concreto para determinar la abusividad.

Este proceder es querido por el legislador al utilizar máximas abiertas o estándares jurídicos; por eso no entendemos oportuno el término de extralegalidad para identificar estos criterios de evaluación.

Ponderar fines, el interés general, el interés legítimo, los criterios de normalidad, los que refieren a la tolerancia debida, a la buena fe, a la solidaridad, pautas éticas, definir cuál es la justa causa son todos criterios legales, o son construcciones doctrino-jurisprudenciales hechas dentro de la legalidad porque la ley así lo establece.

## ii. Pautas objetivas para identificar el abuso de derecho

En el ámbito doctrinario y jurisprudencial se han propuesto diversas pautas de identificación para el abuso de derecho:

I. Se prescinde de la consideración de todo aspecto psicológico **tomando en cuenta la causa del acto abusivo considerada en sentido teleológico**: el derecho subjetivo es un derecho función y el ejercicio abusivo motiva la ruptura del equilibrio de los intereses sociales concurrentes. Este criterio social y finalista conoció diferentes manifestaciones en el ámbito de la doctrina siendo la más trascendente la propugnada por JOSSEERAND. En definitiva, el abuso del derecho está en actuar en forma contraria al fin de la institución, a su espíritu. El que desvirtúa el fin social del derecho abusa de su derecho.

Este enfoque parte de la "relatividad de los derechos", de forma que éstos, por principio, no pueden ser ejercidos con toda libertad y como a cada uno se le ocurra, sino que deben ejercerse dentro de los fines para los que fueron creados (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *La responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Chile, 1983, pág. 252).

Los derechos subjetivos no son absolutos sino que deben cumplir un fin o función social. Debe confrontarse el móvil o el motivo perseguido por el que ejerce el derecho y el fin o la función del derecho en cuestión: si concuerdan, el derecho se ejerció correctamente; si hay discordancia, puede haber abuso de derecho y responsabilidad.

La tesis de JOSSERAND se ha criticado sosteniendo que remitirse a los fines o a las funciones es algo abstracto y fugitivo que lleva a la incertidumbre, a la anarquía. El criterio finalista es peligroso para el orden jurídico, causando inseguridad. RIPERT - BOULANGER (*Tratado de derecho civil*, ob. cit., t. V) llega a sostener que los que siguen este criterio son revolucionarios y propagandistas del bolcheviquismo jurídico. En esta línea, MAZEAUD (*Lecciones...*, ob. cit.) entiende que la teoría del fin obliga al juez a salir del derecho y entrar en los aspectos políticos.

II. Se entendió que considera al derecho subjetivo como **sometido al interés general** y a la colectividad; como si de alguna forma, partiendo de esta concepción, se afectara la dignidad de la persona que queda subsumida a la colectividad.

Este enfrentamiento filosófico del interés particular con el interés general por cierto implica un planteo equivocado, pues no existe desarrollo del interés individual si no se plantea en función del interés colectivo, y si se prioriza el colectivo sobre el individual, también se está incurriendo en un error. Del bien común depende el bien individual, y el bien individual debe desarrollarse en función del bien común (SANTO TOMÁS DE AQUINO).

III. Estuvieron quienes presentaron al abuso de derecho como el acto realizado sin interés apreciable o legítimo. Se actúa sin miras a **obtener un beneficio o utilidad**. En este sentido, DE CUPIS (*El daño*, Barcelona, 1975, pág. 104) en forma concreta entiende que hay abuso cuando el derecho se ejerce sin utilidad o sin beneficio.

IV. Más modernamente, se ha presentado el denominado **criterio de la normalidad o del ejercicio normal del derecho**. El derecho debe ser ejercido dentro de lo que son las necesidades normales de la vida. J.M. BERNAL (*ob. cit.*, pág. 214) establece un triple criterio para apreciar la normalidad en el uso del derecho: a) el de las necesidades normales según la realidad sociológica o histórica; b) el contemplar lo que suponga un exceso de las incomodidades ordinarias de la vecindad; c) la racionalidad o el equilibrio. Los





derechos en el equilibrio del interés social e individual se deben ejercer como lo hace la mayor parte de las personas.

Desde otro ángulo, siguiendo las ideas del mismo ROUSSEAU (*El contrato social*, Bogotá, 1979, pág. 20), el hombre pierde por el contrato social su libertad natural y el derecho ilimitado. Vivir en sociedad conlleva, necesariamente, la contemplación de los derechos de los demás, y tolerar las molestias o incomodidades de los otros en la medida en que sean el resultado del ejercicio normal y legítimo de su derecho. Se ha propuesto como criterio la ponderación de la denominada **tolerancia normal**. Existe un nivel de molestia que se debe admitir por ser propio de la vida corriente en una sociedad. Pero la tolerancia tiene límites dentro de cada circunstancia de tiempo y lugar.

**La vida en sociedad exige soportar y tolerar ciertas molestias causadas por la actividad**, particularmente cuando de ella puede estar dependiendo el desarrollo económico de una comunidad.

Lo que se considera normal o anormal en el ejercicio de un derecho debe ponderarse sobre criterios objetivos. Ello se logra aplicando parámetros de razonabilidad, o sea, tomando como referencia el modelo de conducta de una persona que obrara en igualdad de condiciones y circunstancias.

Se vuelve intolerable lo que es excesivo o manifiestamente transgresor de los límites acostumbrados para la actividad de que se trata.

**Se encuentran las exigencias "uso normal" y de "tolerancia normal"**. En un caso se refiere a lo que es razonable en el uso de un derecho y, en el otro, a la ponderación de los efectos de este ejercicio del derecho ante las personas o la propiedad que puedan resultar afectadas.

Normalidad en el uso y tolerancia es lo que se exige para determinar, desde esta óptica, posibilidades de abuso.

Esta forma de calificar el abuso requiere una comparación entre lo ocurrido y lo que en similares situaciones sucede, dentro de lo que se puede calificar como normal o regular. Existe el uso normal, conforme a lo que son las costumbres y las circunstancias de tiempo y lugar determinados.

V. Sobre la base de los parámetros objetivos se entendió que el ejercicio abusivo del derecho constituye, en definitiva, **una aplicación del principio de la buena fe** (BUSNELLI - PATTI, *ob. cit.*,



pág. 177). El principio general de derecho que requiere el deber de actuar de buena fe (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, t. I, pág. 237), cumple una función supletoria, integradora y correctora o limitadora del ejercicio de los derechos y el contenido del contrato. Sostuvimos “que los derechos subjetivos deben ejercitarse de buena fe y por ello se deben aplicar de acuerdo a la finalidad objetiva, a la función económica y social para la cual fueron atribuidos a sus titulares”. Como lo señaláramos también en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005 pág. 80), la buena fe objetiva marca la conducta debida, limita el proceder del sujeto.

GALOPINI (“Appunti sulla rilevanza de la regola di buona fede en materia de responsabilità extracontrattuale” en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1965, pág. 1386) destaca la relevancia de la buena fe en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, especialmente en el momento de ponderar el daño causado por el que actúa injustificadamente. El autor destaca que en el ámbito de lo que originariamente puede verse como lícito se puede llegar a causar daños injustificados que el orden jurídico protege. Así, por ejemplo, el propietario de un inmueble que un día advierte que sobre su predio, por error, un tercero comienza a hacer una casa. En lugar de advertir o de prevenir el hecho, espera y cuando la casa está pronta denuncia el hecho y pone un precio al terreno para lograr un beneficio que, en el fondo es injustificado, amenazando con la demolición de la obra. En este tipo de circunstancias es necesario imponer un límite a ciertas conductas, en principio lícitas, que pueden causar daños injustificados para lo cual se requiere la ponderación ética y jurídica del proceder del actor. En este mismo orden, y también como ejemplo, se establece que es reprochable y por tanto injustificada y transgresora del proceder de buena fe, la conducta del afectado que permitió que un daño que le fuere causado se incrementara, habiendo podido disminuirlo o evitarlo.

La buena fe, como bien lo destaca GALOPINI (*ob. cit.*, pág. 1398) tiene relevancia para cooperar con la determinación del alcance de la norma de derecho codificado, en definir los límites recíprocos de las esferas de acción posible dentro de lo que en principio es lícito. Sobrepasando estos límites, el daño será injusto o ilícito. El autor encuentra una relación o ligamen entre la buena fe y la posible injusticia del daño. Así, **la buena fe cumple una función como limitadora del ejercicio de un derecho.**



En este ámbito se encontraría incluida también la denominada teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium*), de forma que el titular de un derecho no puede ejercerlo cuando resulta en contraste o contraposición de una conducta ya asumida anteriormente<sup>18</sup>.

VI. Se sostuvo (FERNÁNDEZ SESSAREGO, *ob. cit.*, pág. 179) que el ejercicio abusivo del derecho supone una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que **crystaliza el valor solidaridad**.

Lo antisocial es lo irregular, lo anormal, o sea, lo contrario a la solidaridad y la moral social. Esta última se expresa a través de los principios de la buena fe y las buenas costumbres.

VII. En el estudio del fundamento del abuso del derecho no faltó la denominada "**corriente moralista**", que parte de la idea de que es posible calificar lo abusivo de inmoral. El ejercicio del derecho subjetivo es abusivo cuando se actúa en un sentido contrario a la moral.

Ciertos autores priorizan los aspectos éticos a la hora de calificar el ejercicio abusivo de los derechos. Así, SPOTA (*Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 2, n° 285, Buenos Aires, 1965, pág. 304) considera que hay abuso cada vez que se ejerce un derecho con propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, buena fe, lealtad o buena fe creencia. Por su parte RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, n° 29 pág. 177 y 178) sostiene que la teoría del abuso del derecho en esencia se inspira en la moral a la hora de ejercer los derechos.

DABIN (*El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, pág. 363) considera que el ejercicio abusivo de un derecho es el uso inmoral del mismo.

El propio JOSSEERAND (*El abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, 1999, pág. 26), luego de establecer que la ponderación del móvil y el fin constituyen el centro nervioso de todo el sistema de abuso del derecho, establece que esos móviles están determinados por valores morales, agregando que toda la teoría del

18 En esta línea se encuentra una importante parte de la doctrina italiana (NATOLI, "Note preliminari ad una teoria del abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pág. 26; ROMANO, "voz: Abuso del Diritto", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, pág. 166; CATTANEO, "Buona fede obiectiva ed abuso del diritto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1971, pág. 613).



abuso de los derechos es el triunfo de la moral que penetra en el derecho en toda su extensión. Gracias a esta teoría –continúa el autor– el derecho se realiza moralmente; cumple su misión que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad. El derecho, a despecho de las concepciones objetivas que se abren paso actualmente, se inspira en la moral y de ella vive; como, bajo la máscara abstracta y fría de la técnica jurídica, vive y se encuentra infaliblemente la regla moral, grande animadora de toda organización social, de toda institución digna de este nombre. La moral y el derecho no pueden contradecirse, porque los imperativos jurídicos cabalgan, en realidad, sobre los imperativos morales. En realidad, el derecho no es otra cosa que la moral social en cuanto ésta reviste un carácter obligatorio; es el imperativo moral obligatorio, es el gran soplo que vivifica, como un viento venido de alta mar, todas las creaciones de legislador, del juez, del jurista.

**En nuestro Código Civil** la moral ha adquirido un papel preeminente a la hora, precisamente, de determinar la calificación de conductas como lícitas o ilícitas, especialmente en el ámbito de la responsabilidad contractual. En este sentido podemos tener presente lo dispuesto en los artículos 11, 1284 y 1288 del C.C., al regular principalmente el objeto y la causa ilícita.

Si bien en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no se alude a la moral en forma expresa, ello no es óbice a considerar estos criterios como inspiradores de todo el orden jurídico y en particular del derecho de las obligaciones en general, pues el derecho no puede estar al servicio de fines inmorales o antisociales.

El problema pasa a ser, en esta postura, el determinar a qué moral nos referimos. En este aspecto se ha diferenciado lo que es la moral individual de lo que es la denominada moral social. Esta última es la que se debe ponderar en la medida que refleja los valores socialmente admitidos en una época y lugar determinados. Es a esta moral a que refiere el Derecho y la que es posible utilizar para determinar la abusividad en el ejercicio de un derecho. No debemos olvidar que el Derecho tiene siempre un contenido ético que forma parte de su estructura y justifica su aplicación o funcionalidad partiendo de la visión tridimensional ya referida.

VIII. Otro de los criterios utilizados para identificar la existencia de abuso de derecho parte de exigir para el ejercicio ciertas posturas, **justa causa o interés legítimo**.



Se busca controlar los actos de mera voluntad para que, si bien, en principio, se presentan como discrecionales no sean arbitrarios; o sea, debe mediar, en todo caso un interés merecedor de tutela. O sea, el contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes (art. 1253 y 1413 del C.C.), siendo necesario en el accionar un interés merecedor de tutela.

RESCIGNO (*ob. cit.*, pág. 111) entiende que existen distintas figuras que operan como verdaderos antídotos del abuso. Tal lo que sucede cuando se exige: actuar con interés legítimo; justa causa o justo motivo. Lo importante es que cuando se exige justa causa, como bien lo señala el autor citado (*ob. cit.*, pág. 137) se debe dejar de lado las formalidades, lo abstracto, y analizar el caso concreto en la realidad.

### C) Criterio mixto

La doctrina ha propuesto considerar aspectos tanto subjetivos como objetivos, en la individualización del ejercicio abusivo del derecho. En realidad, no existe oposición entre los subjetivistas y objetivistas, sino que son enfoques que perfectamente se pueden complementar. Propone entonces el mismo JOSSELAND, un criterio mixto (*Del Abuso de Derecho y otros ensayos*, págs. 5 y 6) al considerar como abusivo todo ejercicio del derecho que implique una desviación con relación a la función social que debe cumplir ese derecho y que implique un actuar en atención a un motivo ilegítimo del agente<sup>19</sup>.

19 La nómina de teorías sobre el abuso de derecho por momentos se presenta interminable, con propuestas no tanto contradictorias entre sí sino que resaltan diferentes aspectos de este fenómeno particularmente complejo, dándole algunos más relevancia a ciertos aspectos que otros.

IVÁN ROCCA ("Abuso de derecho", en Revista La Ley, n.º 104, año 1977 en la obra dirigida por TRIGO REPRESAS: Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales, Buenos Aires, 2007, t. II, pág. 260) presenta un enunciado extenso, aludiendo en forma breve a distintas opiniones que identifican al abuso de derecho como: a) un actuar sin derecho; b) como un exceso ilegítimo (dentro del que ubica el artículo 1321 del C.C. Uruguayo); c) como un acto de extralimitación al transgredirse el derecho de otros; d) como un acto ilícito; e) como una forma de acto ilícito; f) como un acto culposo en la medida que los actos de abusión nacen por descuido o impericia; g) como un acto doloso en forma genérica, pues los actos de abuso están precedidos por la intención de dañar o de beneficiarse o de proyectar intenciones antisociales; h) como apartamiento del interés legítimo al que debe responder todo el derecho o como actuación con falta de interés legítimo; i) como límite a un enriquecimiento injusto. Se debe tener presente que no es posible incrementar un patrimonio a expensas de otro sin un respaldo legal; j) como extralimitación a los

Se caracteriza el acto abusivo por la desviación del fin o función, pero además, por la existencia de un motivo o móvil ilegítimo que guió al titular del derecho. Este móvil o elemento subjetivo puede asumir forma de colusión, concierto fraudulento, intención de dañar, el mero interés personal o aún la mera negligencia.

El criterio que encuentra en la actualidad mayor acogida en la doctrina para identificar una conducta como abusiva es el que refiere a la calificación de esta conducta como **carente de un interés serio o legítimo** (falta de causa legítima; de justo motivo o de móvil legítimo).

Partiendo del famoso criterio de IHERING de considerar a los derechos como "intereses jurídicamente protegidos", se entiende que el derecho no protege a toda clase de intereses sino sólo a los legítimos.

Cuando el interés falta o es ilegítimo, se está empleando el derecho en forma irregular o abusiva. Así como sin interés legítimo no hay acción; sin interés no hay protección jurídica. No es posible ejercitar derechos (intereses) sin utilidad, sin causa, en forma ilícita y en perjuicio de los demás. El interés legítimo no es sólo el interés personal o económico sino que, para ser legítimo, exige en muchos casos considerar, además, al interés social, al interés general o colectivo.

Como destaca JOSSEAND (*El espíritu del derecho y su relatividad*, ob. cit., pág. 319 y 320), **la tesis del móvil legítimo fue la piedra de toque** o el impulsor de la teoría de la relatividad. Estos móviles pueden cambiar con el transcurso del tiempo en forma independiente a la voluntad del legislador. En el derecho pueden cambiar las causas o los móviles mientras evoluciona la idea y las costumbres y tal motivo puede, en el transcurso del tiempo, ser revelador de un abuso. **Gracias a la flexibilidad** de lo que es el motivo o interés legítimo, el concepto de abuso de derecho pudo convertirse en un instrumento precioso de adaptación del derecho a la realidad y a la moral.

Gracias a esta flexibilización permitida por el abuso del derecho se compatibiliza la moral y el derecho y viejas instituciones, en lugar de desaparecer, se ajustan a las nuevas realidades. Nos preguntamos, por ejemplo, que sería del concepto de persona jurídica o de sociedad si no existiera la posibilidad de considerar el abuso del uso de estas formas.

Con particular destaque académico JOSSEAND (*ob. cit.*, pág. 327) plantea la necesidad de ponderación del "**espíritu de los derechos**",

---

límites marcados por la buena fe o bien por apartamiento de los fines que son propios del derecho sobre el que se pretende determinar la existencia de abuso.



que son "subyacentes a la legalidad" y determinan que su vigencia se admita sólo en el respeto de ciertos valores, de las buenas costumbres, de la moralidad y del orden social. Todo derecho está dotado de cierto espíritu y de cierta finalidad siendo esencialmente relativo y es ello lo que permite visualizar el abuso de derecho.

El espíritu de los derechos, su relatividad y el abuso son facetas de la misma verdad.

#### D) La buena fe como límite en el ejercicio de los derechos

Varias normas de Códigos Civiles de prestigio ya citados, como son el parágrafo 242 del BGB Alemán; el artículo 334 del Código Civil Portugués 1967, el art. 7 del C.C. Español de 1974, establecen expresamente que **el límite del ejercicio de los derechos está en el proceder de buena fe. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.**

La buena fe es un límite de orden público en las formas de relacionamiento de intereses entre particulares. El art. 1291 inc. 2º del C.C. pone en evidencia la vigencia de este principio general fundamental del derecho, considerado como norma imperativa de orden público. La buena fe es una directiva de conducta debida en parámetros de lealtad, honestidad, diligencia, que se presenta en un plano subjetivo (creencia de obrar bien) y en otro plano objetivo (como norma de conducta debida) (sobre el tema ver ORDOQUI CASTILLA, *La buena fe contractual*, ob. cit., pág. 24). En su dimensión objetiva aparece como padrón de conducta debida en un proceder correcto, honesto, leal, de cooperación, confianza, solidaridad. Todo ello fundado en verdaderas pautas éticas, morales, que son el sustento de la vida en sociedad. La buena fe regula no sólo todas las relaciones contractuales desde el principio al final, sino que se exige en toda interrelación subjetiva de orden jurídico, limitando la conducta debida y posible.

La buena fe asume tradicionalmente distintas funciones conocidas por todos, como son las de facilitar la interpretación e integración del contrato. Dentro de estas funciones, por cierto tan importantes para el derecho está, precisamente, la de actuar como límite o contralor de la forma como debe ejercerse un derecho subjetivo.

Para PASSARELLI (*Dottrina generale*, Milano, 1951, pág. 60), la figura del abuso de derecho pierde cierto sentido pues, existiendo en el derecho subjetivo una prohibición general de ejercerlo para fines contrarios a la corrección, a la buena fe y a la solidaridad, ello de por sí vuelve en parte superflua la figura del abuso de derecho.



El ejercicio de un derecho debe respetar el fin para el cual fue creado y los fines del orden jurídico como un todo. Debe, además, en todo caso, ejercerse el derecho dentro de las pautas de lo que en el caso supone actuar de buena fe. Tal como con toda claridad establece el art. 344 del C.C. Portugués de 1967 ya citado, al señalar que: «Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando en el caso el titular excede los límites de la buena fe, las buenas costumbres y el fin social o económico para el cual fue reconocido ese derecho».

BUSNELLI PATTI (*Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, pág. 183) sostiene que el abuso de derecho ha recibido innumerables aplicaciones sobre la base del principio de la buena fe y a su vez, la evolución de la aplicación de este principio como contralor en el ejercicio de los derechos, dependió principalmente de la evolución y de la labor indiscutida de la jurisprudencia.

WIEACKER (*El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986, pág. 49 y ss.), al enunciar las importantes funciones de la buena fe, destaca su función de limitación en el ejercicio de los derechos. Se transgrede la buena fe no sólo cuando se deja de lado el fin o la función social o económica, sino también cuando se actúa en forma desleal, transgrediendo la confianza depositada en el otro sujeto.

Actuar de buena fe en el ejercicio de un derecho supone seguir una conducta coherente y no defraudar la confianza generada. Es precisamente en este criterio que se funda la teoría de los actos propios, conforme, precisamente, a los postulados de la buena fe y la seguridad jurídica en el tráfico judicial. Se cuestionan las conductas que sean incoherentes o contrarias a conductas anteriores asumidas en relación a la misma situación jurídica. Así, cuando se asume una conducta, por ejemplo, de un claro reconocimiento de derecho, no puede luego desconocerse sin más contrariando la confianza en una apariencia creada.

El derecho se ejerce al margen de la buena fe no sólo cuando se utiliza para un fin objetivo con funciones económicas distintas de aquellas para las que se creó, sino cuando se ejercita de manera o en circunstancias que lo hacen desleal según la confianza depositada en el titular por la otra parte.

El principio general y fundamental de la buena fe cumple en las relaciones contractuales una función de equilibrio contractual que permite, en ocasiones, detectar abusos. Opera como mecanismo de control de la abusividad. La cláusula desequilibrada o abusiva es incompatible con la buena fe. El abuso de derecho y la buena fe tienen



puntos de contacto esenciales. La buena fe es un instrumento para evitar abusos y ambos son principios generales que operan en ausencia de normas expresas.

GUAL ACOSTA (*ob. cit.*, pág. 253) señala que mientras la buena fe impone un deber positivo al señalar una forma de conducta a seguir, el abuso de derecho, en cambio, contempla la conducta desde el punto de vista negativo al imponer una sanción en sentido genérico. La buena fe marca lo admisible y el abuso de derecho establece el traspaso de lo admisible. Así, la buena fe permite controlar el ejercicio abusivo del derecho de crédito en las obligaciones y contratos pues el abuso de derecho en sentido estricto es un instrumento para corregir ventajas excesivas.

Como ya destacáramos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, pág. 80), **la buena fe como principio general del derecho cumple también en nuestro sistema jurídico la función de controlar el ejercicio de los derechos subjetivos.** Si se contraría la buena fe en este ejercicio del derecho ello puede evidenciar ilicitud o abuso y, de causarse un daño en la esfera jurídica ajena, el mismo deberá ser resarcido. Aquí opera el concepto de buena fe objetiva conforme al cual se debe proceder en el ejercicio del derecho actuando con lealtad, honradez, colaboración y rectitud. La buena fe modula la conducta debida y con ello el contenido del deber o de la obligación.

Entiende DIEZ PICAZO (*La doctrina de los actos propios*, pág. 134) que dentro de las exigencias del obrar conforme a la buena fe está el actuar con coherencia y, nosotros agregamos, con normalidad o dentro de lo razonable o normal.

LACRUZ BERDEJO (*Manual de derecho civil*, Barcelona 1990 pág. 140) considera, además, en esta línea, que los derechos subjetivos deben ejercerse, en lo posible, con moderación y prudencia, en particular cuando chocan con intereses ajenos. En esto caso debe considerarse también la necesidad y la proporcionalidad.

CARACCIOLI (*L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, pág. 114), considera que el ejercicio del propio derecho debe ser proporcionado a las exigencias de tutela del mismo derecho. **Si existe un desequilibrio entre la razón de actuar del que ejercer el derecho y el derecho lesionado del tercero, se puede estar incurriendo en abuso o ilicitud.**

Si bien en nuestro derecho hemos resaltado el estudio de la buena fe en el ámbito contractual o a la luz del artículo 1291 inciso 2º del C.C., no podemos olvidar que, en realidad, **la buena fe no sólo**



controla el ejercicio de los derechos derivados del contrato o del vínculo obligacional entre dos sujetos sino que opera con carácter general para todo el derecho. Además, cuando se pondera al abuso del derecho en parámetros de buena fe, se advierte que este criterio no puede operar sólo para responsabilidad contractual y que conforma una unidad sistemática en el respaldo de la figura del abuso de derecho en todas sus dimensiones y aplicación.

En la fundamentación jurídica del abuso de derecho se debe tener en cuenta no sólo el principio general que aparece reflejado en el art. 1321 del C.C., referente a que no es posible ejercer un derecho "con exceso", sino que, además, esta figura se respalda en otro principio general fundamental del derecho que es el principio de la buena fe. MARTÍNES (ob. cit., pág. 61) considera que toda conducta abusiva pone en evidencia una trasgresión por acción u omisión al principio de la buena fe objetiva en su proyección a todo el ámbito del derecho de las obligaciones. Las normas que refieren a la buena fe (art. 1291 inc. 2º del C.C., entre otras) ponen en evidencia la existencia de este principio y su idoneidad para reprimir el ejercicio abusivo de un derecho.

Llegada la hora de comparar los intereses que se oponen ante un relacionamiento que pueda estar sustentado en un abuso, lo relevante es poder calificar las conductas asumidas y en ello la exigencia de proceder de buena fe puede evidenciar la existencia de este abuso. Este principio, de vigencia indiscutida en el ámbito contractual y extracontractual, llega a la relación obligacional en general, cubre espacios dejados por la norma y surge proyectado, por ejemplo, en deberes implícitos como el de solidaridad, cooperación, seguridad, de alcance general a partir de los cuales en distintos casos es posible identificar conductas abusivas. En esencia, el criterio rector en el tema es que se considera contraria a la buena fe la conducta que supone abuso del derecho, o sea, aquella conducta del acreedor o del deudor que causa un daño injustificado pues, pudiendo evitar o disminuir un daño, no lo hizo. Concretamente, y a modo de ejemplo, en el ámbito contractual, a partir de la buena fe se ha calificado la identidad de las cláusulas abusivas, el ejercicio abusivo del derecho de receso, el ejercicio abusivo del poder de representación e inclusive se han determinado situaciones de exigibilidad por abuso del acreedor al exigir el cumplimiento de prestaciones imposibles. La exigibilidad de la prestación depende también de la buena fe y, en ocasiones, exigir el cumplimiento prestacional puede ser también abusivo. El abuso de derecho comienza donde la conducta del obligado exigida

por el acreedor deja de ser exigible. El derecho potestativo se puede ejercer justificadamente cuando no se incurre en abuso. La buena fe, como límite de la autonomía privada, permite eliminar abusos que una de las partes pueda cometer en perjuicio de la otra al afectar el equilibrio, la utilidad social y la justicia propia del contrato. La represión de un abuso mediante la buena fe es el presupuesto lógico y jurídico para acceder al equilibrio contractual. Quien abusa ejercita mal el derecho. Cierto es que casos que se explican con el abuso del derecho en realidad se fundan en el apartamiento del deber de actuar de buena fe. Se llega a sostener, como lo hace STOFFEL - MUNK (*L'abus dans le contrat*, París, 2000, pág. 60) que el abuso de derecho es un concepto que deriva de las exigencias de la buena fe.

En síntesis, el principio general de la buena fe, especialmente en su proyección objetiva como norma de conducta debida, honesta, leal, transparente, de colaboración... es sin duda uno de los fines más importante a la hora de determinar los contornos dentro de los cuales el ejercicio de derechos es posible y correcto y, particularmente, cuando debemos calibrar la tensión o necesario balance que exige priorizar el ejercicio de un derecho sobre otro, delinéndose si existió o no abusividad en su ejercicio.

#### E) Conclusiones

Las propuestas de identificación del abuso de derecho, tanto subjetivas como objetivas o mixtas, no son enfoques en sí erróneos sino quizá incompletos porque con cada uno de ellos en forma aislada se pretende agotar el planteo respecto a la esencia del abuso de derecho. Así, para su identificación pueden operar factores subjetivos (intencionalidad respecto a un daño; actuación sin interés o con interés ilícito); además, se puede actuar: con apartamiento del fin previsto en la norma, al margen del interés general, en forma anormal, irregular; en transgresión de la buena fe, sin justa causa situaciones todas estas en las que se evidencia que más allá del respeto de la forma y del ejercicio de un derecho, esta acción medida en sus consecuencias y sus efectos, puede ser ilícita por abusiva.

RESCIGNO (*ob. cit.*, pág. 53), con realismo **centra la problemática del abuso de derecho en la necesaria ponderación de los intereses en juego y en conflicto, debiéndose priorizar, en muchas ocasiones, uno sobre el otro.** Entrando en conflicto intereses en controversia, en principio ambos tutelados por el orden jurídico, lo que puede determinar la existencia de ejercicio abusivo es el haber actuado sin la co-

rección debida; sin una correcta justificación, sin un interés legítimo, sin respetar las exigencias de la buena fe en el caso.

En ocasiones, lo que se debe definir es si se actúa con exceso, en forma irregular o anormal. Podrá pensarse que estos son conceptos indeterminados o imprecisos pero no es posible, sin recurrir a un concepto general, cubrir la variada gama de situaciones en las que, partiendo del ejercicio de un derecho o de una facultad, se pueden causar efectos no queridos por la sociedad o no amparados por el sistema jurídico.

**Para poder entender el tema de un posible exceso o irregularidad en el ejercicio de un derecho, debe encararse la situación no sólo desde el punto de vista del que ejerce el derecho sino también del que debe soportar las consecuencias de tal ejercicio.** Así debemos comprobar o constatar los resultados o daños que pudo causar el ejercicio de este derecho y calificarlos como justificados o injustificados. En el primer caso, si se dañó en el ejercicio del derecho y se prioriza el interés del que ejerce este derecho, el daño que se pueda causar será lícito. Si se actuó con exceso o con abuso, se prioriza el interés del afectado, el daño será ilícito. **Como se advierte, para determinar las situaciones posibles de abuso de derecho, el juez necesariamente debe sopesar la situación del que ejerce un derecho y la del que sufre sus consecuencias, marcando los límites posibles en los efectos y consecuencias en atención a las pautas preindicadas.**

Este enfoque bilateral de la situación jurídica planteada exige superar el formalismo, el individualismo o el positivismo exacerbado del siglo XVIII, considerando que el derecho debe contemplar y amparar no sólo al que ejerce un derecho sino que también debe tener muy en cuenta la situación del que sufre los efectos del ejercicio de ese derecho. Con sólo pensar, por ejemplo, en la figura del despido abusivo, o del abuso de la personalidad jurídica vemos que existen otros intereses que se deben tutelar que no son sólo los del empresario a despedir o el del comerciante a esconderse tras una figura jurídica.

En concreto, se configura abuso en el ejercicio de un derecho cuando no se respetan las exigencias de equilibrio y razonabilidad entre las ventajas de una parte y los intereses sacrificados de otro derecho. Ello evidencia que en el ejercicio del derecho no se respetan los fines, los valores o los principios generales involucrados y comprometidos en la relación jurídica cuestionada por abusiva. GAETANO (*La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta*, Milano,

2008, pág. 51) con realismo y acierto destaca que, en esencia, lo que está en juego aquí es el criterio conforme al cual el la libertad del sujeto encuentra su límite natural en la igualdad y libertad del otro, debiendo existir un necesario equilibrio en las situaciones contrapuestas. Corresponde destacar la relevancia que el principio general y fundamental de la buena fe conforma en la médula central del abuso de derecho (art. 16 y 1291 inc. 2º del C.C.) como instrumento de control de la conducta debida. Por su intermedio llega al contrato y a la relación intersubjetiva de intereses la aplicación de principios como el de la solidaridad, la cooperación, y con ello se efectiviza un posible contralor sobre la licitud o ilicitud (abusividad) de la conducta asumida (ver ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, pág. 271).

Constatamos así la importancia de un enfoque solidarista en el ejercicio de los derechos y comprobamos cómo los derechos no son sólo abstractos sino relativos, estando supeditados en muchas ocasiones a los derechos de los que conviven en sociedad.

El abuso de derecho nos recuerda que la discrecionalidad en el ejercicio de éstos exige que el mismo tenga un fundamento marcado por el fin tenido en cuenta al reconocerse este derecho. Si nos apartamos de este fin, dejamos de lado la discrecionalidad y pasamos a la arbitrariedad.

## 8. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL ABUSO DE DERECHO

### A) Presentación del tema

Como vimos (nº 4), son cada vez más los países que regulan el tema en forma expresa en sus Códigos Civiles. En nuestro sistema, sin perjuicio de lo previsto en el art. 1321 del C.C., se considera implícito en la vigencia indiscutida de principios generales, como el de la buena fe, o bien se lo presenta como principio general de derecho en forma directa y autónoma.

La jurisprudencia y la doctrina, por lo ya visto, han tenido un papel indiscutido en la aceptación del criterio del ejercicio abusivo del derecho, marcando su límites y sus fines.

La consagración de esta importante figura no requiere grandes desarrollos. Alcanza con que en la norma se diga que el derecho no se puede ejercer con exceso, o fuera de sus límites éticos y sociales, o que no se puede lesionar injustamente el derecho del otro en el ejercicio del derecho propio.

El derecho está en la vida antes que la norma y el derecho no admite que se ejerzan facultades otorgadas por la norma al margen de sus fines.

Comprender este párrafo implica asumir que el derecho es más que la norma. Ésta es un medio para que la persona pueda convivir libremente dentro del bien común. El fin está marcado por el derecho; los valores y la realidad socioeconómica.

El derecho valora las conductas y las califica de lícitas, ilícitas; justas o injustas, o prohibidas.

Toda conducta calificada por el derecho es jurídica y porque es jurídica puede ser lícita, ilícita, abusiva, justa o injusta. El derecho debe proteger a la persona en la vida en sociedad para que cada uno logre su proyecto de vida.

### **B) Abuso de derecho como fuente autónoma de las obligaciones**

La decisión de considerar al abuso de derecho como una fuente autónoma de las obligaciones depende del concepto que se utilice de lo que es ilicitud. Quienes consideran al abuso de derecho como un ilícito sui generis o atípico, pueden tomar distancia de la figura tradicional de la ilicitud como fuente y presentar al abuso de derecho como fuente autónoma, máxime en países como Italia en los que se enuncia con más flexibilidad la nómina de las fuentes en el Art. 1173 del Código Civil de 1942 al establecer que las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el hecho ilícito, o cualquier otro acto o hecho idóneo para producir una obligación.

Queda claro que el abuso de derecho en cuanto principio general del derecho excede la figura de la responsabilidad extracontractual, ámbito en el que se le ha presentado tradicionalmente. Como anota RENGIFO GARCÍA ("El abuso de derecho como fuente autónoma de las obligaciones"; en la obra homenaje a Hinestrosa, *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*, T. III, Bogotá, 2003, pág. 103 y ss) si el abuso de derecho es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, por lógica cabría destacar que es algo más o algo diferente de la responsabilidad contractual o extracontractual.

La autonomía de esta figura se advierte cuando concentramos la atención en la peculiaridad del ilícito y del daño pues aquí se afecta el interés ajeno en el ejercicio o en el uso de un derecho subjetivo. Esto marca identidad genética pues el daño que se produce con el abuso de derecho no sería ni contractual ni extracontractual sino que se deriva del ejercicio abusivo o excesivo de un interés jurídicamente protegido.



El daño puede provenir de la transgresión del deber genérico de no dañar, de la transgresión de una obligación concreta o específica o del abuso de derecho.

Podría sostenerse que el abuso de derecho no es más que una forma de ilicitud pero si se sigue este camino para preservar las fuentes tradicionales, se debe ser muy claro a la hora de marcar la identidad de esta forma de ilicitud que, a diferencia de las demás, parte del ejercicio de un derecho subjetivo y exige la ponderación particular de los fines a que responde el derecho en cuestión.

Como forma de identificar el ámbito en el que se detecta lo ilícito se debe tener en cuenta que no se está ante una ilicitud típica, normal, pues se parte de lo lícito y se concluye en algo ilícito por ejercicio anormal, irregular, excesivo, de un derecho. Además, la peculiaridad está en que aquí lo ilícito no es por transgredir una norma sino por apartarse de algún principio o fin al que responde el derecho que se ejerce.

Por lo expuesto, autores como FERNÁNDEZ SESSAREGO (*Ob. cit.*, pág. 139 y 143) entienden que en estos casos lo ilícito presenta caracteres "sui generis" por lo que se aparta de la responsabilidad civil para formar una figura autónoma, transgrediéndose una norma fundamental de la convivencia social que se concreta en el deber de no perjudicar injustificadamente el interés ajeno en el ejercicio o no de un derecho. Esto marca la autonomía de la figura y la ubica en la teoría general del derecho y no solo en la esfera de la responsabilidad extracontractual.

**Superada ya la época del enfoque individualista absolutista del derecho y pensado éste en su realidad social y solidaria, el abuso del derecho aparece como proyección de la función limitadora de la buena fe con funciones de autorregulación en el ejercicio del derecho en su dimensión social.** La figura a estudio deja de ser parte de la responsabilidad civil para destacarse en la teoría general del derecho de aplicación generalizada.

En la dimensión social el derecho civil no se queda sólo con el respeto de la norma y los derechos individuales sino que prioriza la custodia de valores y fines que están en la esencia misma del derecho.

Una vez que identificamos la figura del abuso de derecho y la presentamos como una forma de ilicitud que parte del ejercicio de un derecho y se asume que cuenta con regulación en el art. 1321 del C.C., podemos preguntarnos si esta figura realmente, con todas sus

características, corresponde subsumirla en el régimen general del art. 1319 del mismo cuerpo normativo.

No faltan autores que entienden que configura una fuente autónoma de obligaciones, y aparece junto a otras figuras que –como dijimos– también han operado como fuente autónoma de las obligaciones y no están referidas expresamente en el Código Civil (art. 1246), como es el caso de la manifestación unilateral de voluntad como fuente de vínculo jurídico (ver ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, T. I, Montevideo, 1998, pág. 117).

Si el abuso de derecho se reduce a considerar su relevancia sólo cuando causa un daño y con ello justificar su resarcibilidad, rápidamente lo subsumimos en el hecho ilícito establecido en el art. 1319 del C.C. Pero si advertimos, en primer lugar, que puede tener otros efectos, como ser el de la prevención o cesación de la situación de daño; o bien advertimos que en el texto del art. 1321 del C.C. se prescinde de identificar el factor de atribución con que opera esta figura, pudiendo o no, ser la culpa o el dolo, empezamos a pensar en rasgos que puedan marcarle cierta realidad propia o, por lo menos, en nuestro caso queda planteada la duda.

El tema adquiere connotaciones de mayor destaque cuando pensamos que en realidad estamos ante una figura que va más allá de la responsabilidad extracontractual, conformando **un verdadero Principio General del Derecho, que integra la Teoría General del Derecho.**

NIEL PUIG (“Abuso de derecho” en la obra *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, en homenaje a Alterini, Buenos Aires, 1997, pág. 1075) afirma que el abuso de derecho tiene caracteres especiales como para ser incluido dentro de la Teoría General del Derecho, pues limitarlo a los casos de responsabilidad civil supone parcializar su alcance.

Lo que marca la autonomía de esta figura, aun respecto del Art. 1319 del C.C., está en que si bien se trata de un ilícito, se llega a éste a partir del ejercicio de un derecho y, si bien el ejercicio de un derecho no puede ser ilícito, lo que sucede es que aquí nos referimos a derechos subjetivos que al ser ejercidos entran en lo ilícito habiéndose partido de la titularidad lícita de un derecho subjetivo.

En un principio (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho extracontractual*, t. I, Montevideo, 1974, pág. 155) pensamos el abuso de derecho como una figura carente de autonomía, suspendida en el ilícito extracontractual. Luego de profundizar en su verdadera dimensión, en el al-





cance de sus proyecciones, a través incluso de las distintas ramas del derecho, comenzamos a identificar rasgos que de alguna manera pautan su autonomía o por lo menos peculiaridades notorias.

### C) El abuso de derecho como Principio General de Derecho en la Teoría General del Derecho

Una vez conformados los conceptos de lo que se debe entender por derecho, por derecho subjetivo, que se reconozca la relatividad de los derechos y sus límites; que asumamos que el derecho se justifica en valores y fines y que se debe atender a un interés social (solidario) (Parte I nº 2 A-G), podremos tener una visión clara de lo que puede ser considerado como ilícito o abusivo.

En el antes y después del derecho aparece, como verdadero "ángel custodio", la necesidad de reconocer la existencia de principios generales sobre los que se ordena el porqué del derecho y sus fines. La moral no es un elemento extraño al derecho y se ensambla con éste en la vigencia de principios que responden a valores y fines. El abuso de derecho evidencia esa coexistencia directa con la moral, lo que no es un concepto abstracto más sino una realidad determinante de lo que es la esencia misma de este derecho.

Pensadores de relevancia indiscutida como DEL VECCHIO (*Filosofía del derecho*, Barcelona, 1960, pág. 294); LEGAZ LACAMBRA (*Filosofía del derecho*, Barcelona, 1951, pág. 193 a 196), entre otros tantos, se encargaron de destacar que no podemos concebir al derecho como algo ajeno a la moral y la figura del abuso de derecho, en cuanto tal, y como principio general, se encarga de hacer de este criterio una realidad incuestionable.

Para DE CASTRO Y BRAVO (*Derechos civiles de España*, Madrid, 1949 pág. 420) los principios generales son normas no formuladas, o sea, las no manifestadas en forma de ley o de costumbre, constituyendo las ideas (valores) fundamentales y formadoras de la organización jurídica de un país. Tienen, en el decir de LARENZ (*Derecho justo*, Madrid, 1994 pág. 418), justificación en su propia verdad. Conforman y fundamentan el derecho y permiten su desarrollo entre el espacio que deja la ley. Ante la posibilidad de que el abuso de derecho sea presentado como un principio general del derecho, como noción previa e introductoria debemos tener presente una noción de lo que se entiende por principio general del derecho.

Principio es el origen de algo. En el caso del derecho principio es el origen de las normas y sus fundamentos. Los principios generales



del derecho son parte integrante y esencial del orden jurídico. Están antes de éste y se proyectan dentro de éste, posibilitando la evolución y adecuación del ordenamiento y su interpretación.

RENGIFO GARCÍA (*Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Colombia, 2004, Pág. 33) destaca la esencialidad de estos principios del momento que cumplen distintas funciones: a) integradora, pues permiten colmar lagunas; b) interpretativa, pues permiten desentrañar el significado de la normas en su sistemática; c) delimitadores, en el sentido de que frenan excesos en el ejercicio de ciertos poderes o derechos; d) fundadores, pues destacan los valores que operan como fundamento del sistema jurídico; e) creadores, pues permiten proponer nuevas soluciones sin transgredir la norma vigente.

**Los principios generales son el alma del sistema jurídico.** Son criterios rectores de conductas, fundantes, fundamentales sobre los que se organiza jurídicamente la misma comunidad.

Los principios generales son normas fundamentales y generales que coexisten con las normas legales que se aplican en ausencia de texto, en un proceso de autorregulación. Existen principios generales de naturaleza constitucional y otros están en las normas. Suelen ser la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de identificarlos.

Como sostuvimos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos - Públicos y Privados*, Montevideo, 2008 pág. 19), estos principios se caracterizan por ser universales, legitimantes, preexistentes, permiten la creación, adaptabilidad e interpretación de las normas y operan como límite en el ejercicio de los derechos. De lo expuesto se deduce que los principios generales señalan cómo deben ejercerse los derechos. De esta forma la normativa jurídica general se sistematiza y orienta a cumplir un fin social en pos del bien común.

Los principios generales, como lo ha señalado DEL VECCHIO (*Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1978, pág. 70 - 72), como idea teleológica y fundamento intrínseco del derecho, marcan los límites dentro de los cuales es admisible el ejercicio de un derecho respetando la construcción lógica y sistemática del orden jurídico vigente. Sólo con esta visión es posible que se respeten al mismo tiempo y en forma coordinada los derechos individuales y sociales. Muchos de estos principios, y sin duda los esenciales, parten de un origen Constitucional y determinan la existencia de un verdadero "Derecho Civil Constitucional".



La fuerza de estos principios representativos de valores esenciales, posibilita la coexistencia pacífica partiendo de la Constitución y se proyectan el derecho privado.

**La regla que exige no actuar con exceso (art. 1321 del C.C.), anormalidad, irracionalidad, falta de interés... en el ejercicio de un derecho subjetivo, representa un principio general del derecho derivado del principio general de la buena fe, de las buenas costumbres y de la equidad.** Es un tema que debe ser regulado en el título preliminar del Código Civil junto a los principios que refieren a la tutela del orden público, la moral, las buenas costumbres y el deber de actuar de buena fe.

Como principio general del derecho no es una consecuencia o derivación de otras normas sino que tiene su justificación en su propia verdad y opera sí como fundamento de otras disposiciones. Lo que caracteriza a los principios generales es que no tienen referencia concreta a un supuesto de hecho en su aplicación. Los principios generales del derecho son la manifestación de la conducta debida que se impone por su propia fuerza sin referir a hechos concretos.

El principio general no deriva de las normas sino que éstas surgen del derecho que ya existe naturalmente, propiciado, precisamente, por estos principios generales. La senda del antipositivismo, marcada con claridad por RUDOLF VON IHERING (*La lucha del derecho*, Buenos Aires, 1993, pág. 7) aparecida en la segunda mitad del Siglo XIX, señaló con claridad que el derecho no es sólo dogmas, formas sino que es una idea fáctica que tiene un fin y un medio y que apunta siempre a la lucha contra la injusticia. DUGUIT (*La transformación del derecho público y privado*, Buenos Aires, 1975) le agregó al planteo un aspecto esencial que es presentar al derecho como una expresión y un fin social.

Los principios generales en el derecho ocupan un lugar esencial. no son sólo normas implícitas o reducidas del derecho positivo sino principios que están antes de estas normas y que les dan fundamento. Los principios generales del derecho son fuente normal y material del derecho, o sea, son un medio a través del cual se expresa el orden jurídico vigente.

A ellos refieren expresamente los artículos 16, 1260 del C.C. y 332 de la Constitución de la República. Estas normas marcan el punto de unión entre el derecho positivo y los principios generales, remitiéndose a ellos.



Cossio (*La teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1963 pág. 29) entiende que en todo fenómeno jurídico se yuxtaponen elementos formales (normativos) y empíricos o axiológicos. Toda fuente tiene un sentido formal y material. El derecho está formado por algo más que normas. La prueba de ello está en que el juez no puede dejar de fallar en caso de oscuridad o ausencia de normas (art. 15 del C.C. y 25 del C.G.P.).

**En nuestra opinión, en el artículo 16 del C.C. se alude en dos oportunidades a los principios generales.** En primer lugar, cuando se alude al “espíritu de la ley en la materia” y, en segundo lugar, cuando refiere directamente a los principios generales del derecho. El espíritu de la ley está reflejado en estos mismos principios generales del derecho en que se funda y opera toda la normativa jurídica. Se está ante un criterio de conducta aplicable respecto del derecho con carácter general y no sólo al derecho de daños o de la responsabilidad civil.

Como bien anotan TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA (*Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. 1 pág. 258), el ejercicio abusivo de un derecho es un **verdadero plurisistema** como pocos y opera como un verdadero principio general.

De aquí que este principio sea aplicable en forma indiscutida en diversos ámbitos de la esfera jurídica como ser el contractual, laboral, procesal, comercial, administrativo etc. (Ver Parte II).

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (“Principios existentes en torno al abuso de derecho en Argentina”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16 pág. 211) considera que **el abuso de derecho constituye la instrumentación normativa de un principio general que inspira al sistema legislativo y da preeminencia a la regla moral, siendo de aplicación en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.**

El abuso de derecho trae consigo otra importante significación pues presupone que la norma no puede llegar a regular expresamente el sinnúmero de casos en los que, con el ejercicio de un derecho, se puede dañar injustamente a otro. Por ello, cuando la norma alude al tema, lo hace en términos generales aplicando criterios orientadores, indeterminados, que se expresan como verdaderos principios generales o como cláusulas abiertas.

Por último, debemos señalar que el abuso de derecho no sólo es un principio general del derecho sino que responde a una “Teoría General del Derecho” y no a materias o sectores del derecho aislados.



De lo expuesto da debida cuenta el desarrollo de la Parte II de estos estudios.

#### D) Fundamento constitucional del abuso de derecho

En términos generales, en la Constitución de la República encontramos el fundamento de los grandes temas del Derecho de Daños. Si bien el tema lo hemos referido en otras oportunidades (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo 1997, T. I, pág. ) donde se hizo alusión a la existencia de un verdadero **Derecho Civil Constitucional**, en esta ocasión, llegada la hora de preguntarnos la incidencia que puede tener la Constitución en el abuso de derecho debemos decir que asume real trascendencia jurídica del momento que, por lo ya dicho, lo interesante para definir el abuso es la determinación de los intereses protegidos por el orden jurídico. Y es precisamente en la Constitución donde aparecen lineamientos claros de cuáles son los intereses y los valores que se busca proteger con la vigencia de un orden jurídico. La persona en su integralidad, la propiedad en su función social, la libertad de expresión, la libertad de contratar o de comercializar refieren a intereses que se deben proteger o derechos subjetivos que no se pueden ejercer abusivamente.

Cierto es que como bien anota LORENZETTI ("Fundamento constitucional de la reparación del daño" en *Rev. La Ley*, 2003, c. 1184), la Constitución es una fuente normativa poco usada en el derecho privado. Quizás debido a las diferencias que se suelen presentar entre el derecho privado y el derecho público que, en ocasiones, se presentan como dos círculos separados cuando en realidad están más íntimamente vinculados de lo que a algunos puede parecer.

PERLINGIERI (*El derecho civil en la legalidad constitucional*, Madrid, 2008, pág. 513) recomienda una relectura del Código Civil a la luz de los principios generales de la Constitución. La norma constitucional no sólo marca límites o cumple una función residual sino que es de aplicación directa o sistemática en el derecho civil. No es algo diferente o separado sino integrado, formando parte de un todo. A partir de la Constitución surgen principios tales como que no es posible tratar diferente a hechos iguales o tratar igual lo que es diferente, pero también impone verificar la congruidad de la norma con respecto a sus objetivos y de las "razones" del ordenamiento en su conjunto. Estos valores, de consagración constitucional, permiten en ocasiones detectar abusos en el ejercicio de los derechos. Por esta razón es importante partir de una unidad del sistema jurídico y centralismo a partir de la Constitución.

FRANZONNI (*Tratatto della responsabilità civile*, t. I, "L'illicito", Milano, 1999, pág. 802) entiende que la figura del abuso de derecho está implícitamente consagrada en las normas constitucionales que refieren al principio de igualdad (nuestro art. 10 de la Constitución) pues impone garantizar la paridad de trato entre las hipótesis de abuso que puedan estar legisladas y las que, si bien cuentan con aceptación social no han recibido aún el respaldo legislativo concreto y específico.

Específicamente se alude al abuso de derecho en el Art. 29 de la Constitución, cuando se regula la libertad de prensa y se establece en este derecho un criterio general cual es el de que los derechos no son absolutos ni puede interpretarse ningún derecho constitucional como que se impone sobre otros. Se establece el criterio de que a los derechos constitucionales se les debe dar un uso razonable, que permita la coexistencia con los demás derechos. En la norma referida se dice expresamente que quienes ejercen el derecho a la libertad de pensamiento y de comunicación "deben ser responsables con arreglo a la ley **por los abusos que cometieran**".

Pensamos que este criterio es de aplicación no sólo a este derecho sino, con carácter general y por representar un principio general de derecho, a todos los derechos a que refiere la Constitución.

#### **E) El abuso del derecho y el orden público**

Con acierto, MÜLLER ("Ejercicio regular y ejercicio abusivo de los derechos. Orden público y buenas costumbres", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2007,/3, pág. 19) establece que tanto el abuso de derecho como el orden público son pautas que delimitan el ámbito de ejercicio de los derechos. El orden público limita la autonomía privada en el ejercicio del derecho de contratar y responde a la tutela de valores esenciales aceptados por la sociedad para el bien común.

El abuso de derecho, por su parte, limita el ejercicio de los derechos subjetivos de forma que con ellos no se transgreda el fin perseguido por la norma, la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el mismo orden público.

Si separamos el derecho de la consideración de los valores a los que responde es muy difícil presentar la figura del abuso de derecho y su fundamentación, así como aplicar los límites establecidos por el orden público.

Si el derecho es sólo la ley, si los intereses son sólo los individuales, el abuso de derecho y el orden público pierden gran parte de sentido.

Existen normas en el orden jurídico que interesan a la sociedad y normas previstas para la regulación de derechos particulares. Las primeras son normas indisponibles y en este sentido el artículo 11 de nuestro Código Civil establece: "no pueden derogarse con fines particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". Esta norma se relaciona con el art. 10 de la Constitución que establece: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el **orden público ni perjudican a un tercero** están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Vemos cómo el orden público, apareciendo reflejado tanto en el ámbito del derecho privado como en la propia Constitución, opera como factor limitante de lo que es posible que el sujeto haga en la sociedad, sea tanto en el ámbito contractual como en el ejercicio de cualquier otro derecho y pone en evidencia que existen intereses generales que deben priorizarse aún cuando no estén expresamente reseñados en la norma.

El abuso de derecho, en esta misma línea, marca que los derechos no se pueden ejercer de cualquier forma y que se deben respetar estos mismos intereses generales.

Según SUPERVIELLE ("Normas imperativas, prohibitivas", *Estudios en Homenaje a Couture*, Montevideo, 1957 pág. 793), analizando el fin y fundamento de las normas, nos podemos dar cuenta de si son o no de orden público y teniendo en cuenta los intereses afectados en el ejercicio de un derecho en atención al interés general, podemos determinar la existencia o no de abuso de derecho en el caso concreto.

No podemos ignorar que en el ámbito normativo, cuando se llega a temas sustanciales, el legislador o el constituyente se remiten al orden público y al interés general como pautas reguladores de la conducta debida.

Así, por ejemplo, en la Constitución, como ya vimos, hay remisión expresa al **orden público** en el artículo 10; al **interés general** en los artículos 7, 28 y 32; a **la moral** en el artículo 40.

En el Código Civil se alude al orden público en los Arts. 11, 1284 y 1288, entre otros. Llegada la hora de definirlo, están quienes destacan las características del concepto como esencialmente flexible y variable y otros que aluden a lo que abarca: bases esenciales del orden jurídico.

Se encuentra el orden público en el ámbito de lo no disponible o de la imperatividad. PORTALIS (*Discurso preliminar al proyecto de Código Civil Francés*, Valparaíso, 1978, pág. 23) sostenía que la libertad de contratación no puede limitarse más que por el orden público, las buenas costumbres y **la justicia**.

El orden público marca límites en el proceder que no existen expresamente en la norma sino en los valores propios de la persona y de la sociedad. No es una utopía, una entelequia, sino un instrumento de delegación del legislador al juez. No es un interés general por encima del particular sino que alude a los intereses de cada uno compatibles con el interés general y el bien común. El bien común o el interés general no excluyen al interés particular sino que buscan que éste se adapte al bien común. Los bienes particulares son compatibles con el bien común siempre que se acomoden o subordinen a él.

El bien común o el interés general propios del orden público es una situación conveniente y provechosa para todos los miembros de la sociedad.

El orden público está marcado no sólo en normas imperativas sino también en principios básicos del ordenamiento que refieren a los valores esenciales de la convivencia social. Aparecen en el art. 11, 1284 y 1288 del C.C. referencias claras al orden público como límite a la autonomía privada que se reconoce a las partes en el contrato. En el **orden público contractual** se diferencia el denominado **orden público político** (que refiere a la organización del Estado y de la sociedad), del **orden público económico** (que alude a las relaciones económicas que pueden afectar a los sujetos de derecho por medio de la intervención del Estado). A él refieren temas como la libre competencia, el derecho del consumo o la actualización de las obligaciones, entre otros temas.

A su vez, en el orden público económico se diferencia el orden público de protección (que tiene por fin proteger a los débiles en la relación contractual) y el orden público de estructura o dirección económica (que refiere al control de la actividad económica de los operadores públicos o privados de la actividad económica de acuerdo al interés social).

Del orden público surgen exigencias de defensa de la persona y tutela del interés general y, además, surge la necesidad de equilibrio y razonabilidad en el relacionamiento de intereses.

Por último está el orden público de coordinación que, en términos de ALTERINI (*Contratos civiles*, Buenos Aires, 1998 pág. 59), incide en el contralor de la economía de mercado.





## 9. EL ABUSO DE DERECHO EN NUESTRO DERECHO

### A) Presentación del tema

Comenzamos por señalar que cuando en la Constitución de la República, art. 32, se establece que **“la propiedad es un derecho inviolable pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general...”** está marcando claramente posibles límites en el ejercicio de este derecho, precisamente, para evitar abusos o excesos. Esta norma consagra la función social de la propiedad, alejándose del criterio individualista, absolutista y egoísta de la propiedad como fue pensada en los orígenes de la revolución francesa<sup>20</sup>, y ello, precisamente para evitar los daños injustos que el ejercicio abusivo de este derecho puede llegar a causar. En este mismo sentido, el art. 492 del C. Civil señala que: “Nadie puede ser privado de su propiedad, sea mueble o raíz, sino por causa de pública utilidad calificada por Ley, previa la correspondiente indemnización, sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales”.

En segundo lugar, debemos destacar el mérito de nuestro codificador de establecer una norma con un contenido tan novedoso para su época como fue el art. 1321 inciso 2º del C.C. La fuente de esta norma está en el art. 1600 del proyecto de ACEVEDO, que coincide textualmente con el actual art. 1321. El mérito de esta norma está en sentar no sólo el principio del derecho romano según el cual quien usa de su derecho no daña a nadie sino también la atemperación del mismo, al establecer la posibilidad de que el derecho se ejercido de modo excesivo o abusivo. La norma en cuestión establece «el que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable».

El gran mérito de NARVAJA en la redacción del art. 1321 del C.C. es el haber seguido la propuesta de ACEVEDO, que dio al tema del abuso de derecho una redacción original para su época. La idea de que puede tenerse que reparar un daño cuando el derecho sea ejercido “con exceso” afirmada en 1868 (aprobación del Código Civil) fue original y revolucionaria para su época. Esta idea ya venía del Proyecto de Código Civil de Acevedo del año 1852, y sería comprendida recién 40 años más tarde (PEIRANO FACIO, *Eduardo Acevedo, Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1963,

20 Recordamos que el art. 486 del C.C. ordena que: “El dominio (propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno”.

pág. LXVII) y aún habrá que esperar 10 años más para que apareciera consagrada, aunque no con la amplitud del Proyecto, en los más adelantados cuerpos legales de nuestra época.

### B) Doctrina nacional

En nuestro derecho se sustentaron dos teorías en atención a considerar si efectivamente en esta norma se consagra o no la teoría del Abuso de Derecho.

Por un lado estuvo la **tesis negativa**, sustentada por AMÉZAGA (*Culpa Aquiliana*, pág. 38 y 39) para quien, en la norma referida lo único que hay es un sabio y prudente recuerdo de que no hay derechos absolutos y de que los derechos tienen sus límites. Toca a los intérpretes de la ley y a los encargados de aplicarla resolver cuáles son esos límites y cuándo una persona, excediéndose en su acción, invade la esfera en que desarrolla sus actividades otra persona y perjudica los derechos de ésta. Sostiene el autor que la ciencia jurídica, durante muchísimo tiempo ha colocado entre sus principios fundamentales lo siguiente: "el que usa de su derecho no daña a nadie".

Este principio, admitido sin discusión y sin examen, ha sido puesto en tela de juicio y ha sido discutido y sometido a severos análisis, siendo hoy numerosos los autores que enseñan que si bien el que usa de un derecho no daña a nadie, el que abusa del derecho debe ser obligado a reparar el daño causado con su conducta.

No hay duda de que en el conjunto de la doctrina del abuso del derecho hay un fondo de verdad: no es posible, a título de ejercer un derecho, convertirse en un azote de los intereses ajenos. El derecho no puede constituir una patente de corso para hacer daño a los demás.

Remitiéndose el autor citado a la opinión de SALEILLES, considera que la verdadera fórmula para identificar el abuso sería aquella que descubriera este exceso en el ejercicio de un derecho, en el ejercicio normal del mismo, ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública, y sobrepasando, por consiguiente, el contenido del derecho, puesto que todo derecho, desde el punto de vista social, es relativo, y que no hay derechos absolutos, comprendiendo entre ellos el de la propiedad.

Para AMÉZAGA, este pensamiento de SALEILLES es el acertado. Los casos de abuso de derecho se presentan o son, en realidad, casos en que se ha sobrepasado el contenido del derecho, casos en que se ha



olvidado que no hay derechos absolutos, que todos los derechos son relativos. Pero, para AMÉZAGA, al plantear la cuestión en estos términos no debe hablarse de abuso de derecho sino de determinar dónde empiezan y dónde acaban los derechos. No se trata de saber cuándo se usa y cuándo se abusa; se debe investigar cuál es la frontera que separa el derecho de cada uno del derecho de los demás.

LAYERLE (*Responsabilidad por abuso de derecho*, Montevideo, 1975, pág. 82), destaca que el criterio de abuso de derecho del art. 1321 del C.C. parte de que se haya usado o ejercido un derecho, y propone considerar la figura del abuso como un acto lícito e ilícito al mismo tiempo.

Para PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 289), en el art. 1321 del C.C. se consagra efectivamente la teoría del Abuso de Derecho y ello en atención a los siguientes argumentos: primero, no es normal que los artículos del Código contengan consejos sino que en principio, cuando el intérprete se encuentra frente a una disposición concreta de la ley debe pensar que ella tiene carácter imperativo; segundo, porque de los antecedentes resulta claro que la disposición ha sido pensada para encarar verdaderas situaciones de Abuso de Derecho; en tercer lugar, su redacción da a entender que el legislador no sólo recoge un principio general del derecho sino que da consagración positiva a la teoría del abuso de derecho (PEIRANO FACIO, N° 161, pág. 290). Para el autor citado, habrá abuso de derecho cuando, aún actuando de modo formalmente lícito, el sujeto de un derecho desarrolla una conducta sustancialmente ilícita (*ob. cit.*, pág. 297). No existe ninguna razón sólida para sostener que con el art. 1321 del C.C. el codificador oriental ha producido una revolución dentro del sistema tradicional de las fuentes de la obligación introduciendo, en forma subrepticia, una nueva causa generadora de relaciones obligatorias. Es más, todo el sistema de nuestra ley está fundado sobre el supuesto de que el abuso de derecho es una de las tantas situaciones que pueden presentarse a propósito de la responsabilidad por hecho ilícito; en este sentido es elocuente la demostración que surge de la enunciación que el Código Civil hace de las fuentes de la obligación en el art. 1246; y aquellas que se desprenden de la ubicación del art. 1321 del C.C. dentro del Capítulo de los delitos y cuasidelitos.

Para entender porqué el abuso de derecho está regulado en una norma distinta al principio general de la responsabilidad civil, PEIRANO FACIO (*ob. cit.*, pág. 243) recuerda que en nuestro régimen es posi-



ble postular dos criterios ya que no opuestos, al menos divergentes, de ilicitud. De acuerdo al primer criterio, que se ha denominado criterio estrictamente legalista, es ilícito lo que va contra la norma legal concreta. Según el segundo criterio, el módulo de ilicitud no se agota en los estrechos límites de la ley escrita positiva sino que se integra, además, con nociones más amplias tales como el concepto de orden público, de moral, de buenas costumbres, de buena fe. Y bien, es evidente que la razón determinante, según anota el autor citado, que subyace en la tesis de la autonomía de la responsabilidad emergente del art. 1321 del C.C., radica en la aceptación del criterio restrictivo al que acabamos de referir, que identifica ilicitud con ilegalidad.

El art. 1321 del C.C., al regular el abuso de derecho, propicia un concepto amplio de lo que es ilicitud, del momento que se incurre en abuso no sólo cuando hay un apartamiento de normas jurídicas sino, en términos de PEIRANO FACIO, cuando **se viola alguna de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social.**

Para este autor, la temática del abuso de derecho debe solucionarse de acuerdo a los principios generales de la responsabilidad extracontractual, esto es, de acuerdo a las normas genéricas sobre ilicitud y la culpa. Habrá abuso de derecho cuando, aun actuando de modo formalmente lícito, el sujeto de un derecho desarrolle su conducta de una manera sustancialmente ilícita, y, además, cuando sea subjetivamente imputable de dicha actuación, esto es, cuando actúe con dolo, culpa o negligencia.

No existe en nuestro derecho razón alguna para pensar que si en cualquier caso de responsabilidad civil la realización culpable de un acto acarrea responsabilidad, no ocurra lo propio en materia de actos ilícitos realizados en abuso de los derechos de sus autores. Debe sí precisarse que en la consideración de la ilicitud del acto cumplido en abuso de derecho, los tribunales poseen mayor latitud, y que el aparente amparo en que se halla una persona que usa un derecho, debe inducir al juez a ser relativamente exigente para admitir que ha habido culpa por parte del agente. Debe tenerse en cuenta, además, continúa PEIRANO FACIO, que en caso de duda la resolución está a favor de aquel que usa de su derecho. Y esto no sólo en virtud del principio general de la no responsabilidad sino también en razón de que en materia del uso de los derechos, debe presumirse siempre el empleo correcto y la buena fe de los mismos, como lo ha señalado en repetidas oportunidades la jurisprudencia.



En otra ocasión (**ORDOQUI CASTILLA**, *Derecho extracontractual*, Montevideo, 1974, pág. 155) nos preguntamos si era posible que en nuestro derecho positivo estuviera consagrada la teoría del abuso del derecho. Atendiendo a un criterio exclusivamente cronológico, se podría afirmar que nuestro Código no pudo haber consagrado la teoría del abuso de derecho entre sus normas. Esta teoría tuvo su consagración doctrinaria en el pensamiento de **JOSSEMAND** y de **SALEILLES**, quienes actuaron en el año 1905. Antes de ellos sólo existían algunas tendencias jurisprudenciales a limitar la absolutez que los derechos subjetivos poseían en estos momentos. Nuestro Código es bastante anterior a esas manifestaciones, pues data de 1868.

El Art. 1321 del C.C. al señalar: "el que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte, el daño que pueda resultar no le es imputable", para la doctrina nacional implica la consagración del abuso de derecho.

Se entiende que el acto cometido con exceso en el ejercicio de un derecho no debe ser interpretado en la acepción que de acto excesivo diera **JOSSEMAND**, sino que debe ser asimilado al acto abusivo.

Opinamos en aquel entonces que nos seduce mucho más la posición que fuera sostenida en nuestra doctrina por **AMÉZAGA**. Como ya vimos, este autor entiende que el artículo 1321 del C.C. constituye tan solo un sabio y prudente consejo de que no hay derechos absolutos y de que los derechos tienen sus límites. Como puede deducirse de la opinión citada, el art. 1321 de nuestro Código Civil no consagraría la teoría del abuso del derecho sino que se limitaría a establecer algunas limitaciones al criterio imperante hasta la época, de absolutismo de los derechos subjetivos.

**Una cosa es decir que esta norma ha consagrado la teoría del abuso del derecho y otra cosa es decir que de ella se puede deducir doctrinariamente la existencia de esta teoría.** No creemos que haya existido en la intención del codificador la consagración de una teoría que data de una época posterior, pero lo cierto y concreto es que esta norma es perfectamente apta para sustentar la vigencia de la teoría del abuso del derecho en nuestro sistema jurídico.

**GAMARRA** (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, Montevideo, 1980, pág. 199-201) presenta la figura del abuso de derecho como dentro de las causas de justificación del daño. Entiende que lo que se quiso decir con el art. 1321 del C.C. es que, en ocasiones con el ejercicio de un derecho se causan daños que no son resarcibles, pero si el daño se causa con excesos, se debe resarcir. El acto abusivo es un



acto realizado sin derecho. A la ilicitud se puede llegar por contrariar el derecho objetivo o por sobrepasar los límites internos del derecho subjetivo.

Agrega el autor que el artículo 1321 del C.C. afirma la relatividad de todos los derechos, por cuanto todos ellos quedan sometidos al control y examen por parte de los magistrados. En consecuencia no hay derechos que puedan ser usados discrecionalmente o arbitrariamente por su titular. Esta norma convierte al juez en censor y policía del uso de los derechos. Ello significa una revolución que derriba la concepción individualista del siglo pasado para dar paso a nociones morales o solidaristas que no admiten el uso del derecho para dañar a otros.

El abuso de derecho puede explicarse por la idea de culpa o dolo, tal como lo sostiene la doctrina francesa y el propio PEIRANO FACIO, siendo el aspecto más relevante la determinación de la ilicitud sustancial. El juez, convertido en censor y policía del uso de los derechos significa, para el autor citado, una revolución que derriba la concepción individualista del siglo pasado (la cual, basándose en la libertad, negaba todo control sobre el ejercicio de los derechos), para dar paso a concepciones morales o solidaristas, que no admiten el uso del derecho para dañar a otros (sin utilidad para su titular) o con fines asociales o contraviniendo la buena fe o las buenas costumbres.

Para este autor, el art. 1321 del C.C. se expresa en términos de norma de carácter general, comprendiendo el abuso de cualquier derecho, basta pues, que el derecho sea ejercitado de la manera prevista, para que quede configurado el supuesto de la norma. El art. 1321 del C.C. **consagra una norma en blanco cuyo contenido deber ser llenado por el juez.** En la determinación de lo que es excesivo o abusivo, es el juez el que debe recurrir a criterios generales. Existe exceso o abuso cuando el sujeto va más allá de los límites de su derecho, pero aquí no se trata de límites externos, sino de límites internos, del contenido del derecho subjetivo, con lo cual la búsqueda debe trasladarse al esquema legal intrínseco del derecho, y se propone la presencia de límites internos de la licitud, más allá de los que aparecen como formales externos. **Entiende que la fórmula uruguaya abre las puertas a criterios extralegales,** que son precisamente aquellos que aparecen normalmente codificados por otras legislaciones que recibieron el principio.

GAMARRA (*ob. cit.*, pág. 203), al estudiar las consecuencias del abuso de derecho, entiende que los efectos de esta situación no son úni-



camente la reparación del daño (lo cual queda circunscripto al caso en que el ejercicio abusivo origine una hipótesis de responsabilidad extracontractual), sino que puede asumir variadísimas respuestas como la nulidad, la ineficacia, la inoponibilidad. Ante todo, el ejercicio abusivo da lugar a una especie de caducidad del derecho que resultado excluido de la tutela jurídica por parte del ordenamiento. También es factible, continúa el autor, decretar la inoponibilidad del acto abusivo, respuesta más eficaz o adecuada que la indemnización del daño.

En realidad, no se comparte este criterio de que se de entrada a factores extralegales, pues ello ocurre porque la norma lo habilita, y en consecuencia dejan de ser extralegales para ser legales, en todo caso. Recurrir al fin; a la falta de interés legítimo; a la noción de justa causa; no es extralegal sino perfectamente legal.

**JUAN BLENGIO** ("Abuso de Derecho. Breves reflexiones sobre alguno de sus aspectos fundamentales", *A.D.C.U.*, T. XXXVIII, pág. 639) existe abuso de derecho cuando se constata que lo que constituye el formal y aparente ejercicio de un derecho en la realidad no lo es, material o sustancialmente, pues entrañando una violación de los límites internos del mismo, sitúa la especie en el ámbito de los actos ilícitos.

Cuando el Art. 1321 del C.C. refiere al abuso de derecho, lo estaría presentando como un principio general del derecho y, al identificarlo con un exceso en el ejercicio de un derecho, se alude a los límites internos o materiales de los derechos. La figura del abuso de derecho abarca a los derechos subjetivos típicos, a los potestativos y a las diferentes formas de libertad que puede ejercer el sujeto.

Enuncia las posibles funciones que se puede lograr con la aplicación del abuso de derecho señalando que opera como: a) límite en el ejercicio de los derechos, b) como instrumento en la resolución de conflictos de interés entre las partes, c) es utilizado como factor de moralización en las relaciones de derecho privado preservando en éstas un necesario equilibrio; d) refuerza las relaciones de derecho privado; e) concretiza la vigencia del orden jurídico.

Como consecuencia de la vigencia de esta figura no debemos pensar solo en posibles acciones resarcitorias por responsabilidad civil, donde puede concebirse para el autor casos de responsabilidad objetiva, sino que también se pueden enfrentar casos de nulidad tratándose, por ejemplo, de cláusulas abusivas, o bien llegarse a la inoponibilidad.

A modo de conclusión, si bien cronológicamente no podemos decir que en el art. 1321 del C.C. se consagre la teoría del abuso de derecho, sí podemos sostener que a partir de ella, y en particular con la consideración del principio general y fundamental de la buena fe y de que no se puede dañar injustamente a otro, rige en nuestro derecho, con carácter de principio general, la figura del abuso de derecho conforme al cual al ejercitar un derecho no se puede incurrir en exceso o anormalidades, apartándose de los fines e intereses tenidos en cuenta al reconocer el derecho ejercido. Se trata de un instrumento valioso de moralización, humanización y personalización del derecho, y permite una visión del derecho no como una realidad individual sino social, pensada para el bien común.

### C) Jurisprudencia

*Los derechos de que gozamos no pueden ser usados de manera arbitraria. Sin perjuicio de la libertad en su ejercicio, no es admisible que, sin una justa causa, se haga valer un derecho causando daño a otra u otras personas. La idea de justa causa como elemento justificante del daño, aparece como el criterio más definido para determinar la existencia de abuso y, en última instancia, desemboca en un control de los motivos del ejercicio del derecho (ANALES DE JURISPRUDENCIA URUGUAYA, t. II, v. I, caso 1, pág. 1, Juzg. Letrado Civil 14º, sentencia 47/94).*

~

*El art. 1321 del C.C. al regular el abuso de derecho constituye un principio general de derecho. En caso de duda, se presume que quien ejerce un derecho lo ha ejercido lícitamente, ya que en materia de uso de derechos debe presumirse siempre el empleo correcto (ANALES DE JURISPRUDENCIA URUGUAYA, t. II, v. I, caso 2, Juzg. Let. Civil 5º, sentencia 59/954).*

~

*Un curioso caso de abuso de derecho por omisión se dio cuando el Centro Militar se negó a revisar determinadas sanciones impuestas a uno de sus asociados. El abuso de derecho sea que se derive del exceso en los poderes jurídicos emergentes del derecho subjetivo más allá de su finalidad, o que se identifique con la violación de los límites internos del derecho, ingresa en la categoría general del acto ilícito, entendido como la invasión de la esfera jurídica ajena, que lesiona derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas, aún cuando se desarrolle de manera formalmente ajustada (ANALES DE JURISPRUDENCIA URUGUAYA, t. II, v. I, caso 3, pág. 10, Juzg. Let. Civil 8º, sentencia 21/94).*

~



*El abuso del derecho a la información desde hace tiempo viene despertando grandes polémicas, sobre todo en torno a cuándo se da una información veraz. Un caso no poco frecuente es el de las crónicas policiales en que se exagera el delito cometido o se cambia la tipificación. En una situación en la que tres jóvenes habían violado un domicilio, cometido daño y hurto, la publicación hizo referencia a que se había detenido a tres "violadores", con clara connotación de delito sexual, lo cual configuraba un flagrante apartamiento del boletín de prensa de la Jefatura de Policía (A.J.U., t. II, v. I, caso 4, pág. 17, Juzg. Let. Civil 24º, sentencia 84/93).*

## 10. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABUSO DEL DERECHO

### A) Presentación del tema

Es necesario ubicar esta figura del abuso de derecho dentro de la ciencia jurídica, delimitando sus caracteres, pues de allí se podrán derivar sus consecuencias o efectos. Partiendo de que se está ante un acto jurídico que surge de la voluntad de la persona, el mismo en principio puede ser sólo lícito o ilícito. La pregunta eterna en el estudio del abuso de derecho es "si se ejerce un derecho, ¿cómo se puede hablar de un acto ilícito?" Se ha discutido en doctrina, si el Abuso de Derecho en sí mismo configura un acto ilícito, o se ubica entre lo lícito y lo ilícito, o si implica la transgresión de un deber jurídico genérico, o si es un acto ilícito sui generis.

Corresponde, en definitiva, preguntarnos si existe una línea divisoria entre lo abusivo y lo ilícito. Esta discusión sólo se puede admitir en el ámbito civil, pues en el penal no existe infracción sin ley que la establezca expresamente ("nullum crimen nulla poena sine praevia lege"). En doctrina podemos diferenciar los que se pronuncian por considerar al abuso de derecho como un acto ilícito; como un acto ilícito "sui generis"; como ubicado en una zona intermedia, o como un acto lícito excesivo o extralimitado.

### B) Como acto ilícito

El artículo 334 del C.C. Portugués de 1967 refleja con toda claridad esta postura al calificar directamente de ilegal el ejercicio del derecho cuando su titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por la finalidad social o económica del derecho. Cuando existen normas que prohíben el abuso, de darse esta situación se está ante un ilícito. Desde esta óptica, los planteos terminan sumergidos en el régimen de la responsabilidad extracontractual, justificando la resarcibili-

dad del daño cuando la conducta se relaciona causalmente con un perjuicio.

Apartarse de la función o del fin de la norma, o de los principios generales, siempre va a inducirnos en una forma de ilicitud. Lo transgredido no está especificado en forma concreta sino en forma genérica. Son criterios de conducta genéricos que surgen del ordenamiento jurídico y son lesionados. Toda forma de exceso o de abuso en el ejercicio de un derecho lleva a la ilicitud.

Cada derecho existe para cumplir un fin o por una razón o función a desarrollar y no es posible apartarse de ese fin pues forma parte del derecho. Los derechos no se confieren para dañar injustamente a otros. Como sostuvo JOSSERAND (*ob. cit.*), los derechos no son absolutos sino relativos, limitados a cumplir el fin para el que se crearon. Cuando existe un apartamiento de ese fin cometido legítimamente, hay abuso.

Otros entienden que la naturaleza jurídica del Abuso de Derecho es el **apartamiento de un deber jurídico genérico** que prohíbe precisamente el Abuso de Derecho.

### C) Como ubicado en una "zona intermedia" entre lo lícito y lo ilícito

Como en el abuso de derecho se parte de un derecho del que se es titular y, por tanto, de una situación lícita y luego se al ejercitarse este derecho se incurre en ilicitud, el abuso de derecho se ubicaría para este enfoque en una zona gris, o sea, el abuso de derecho estaría entre lo lícito y lo ilícito.

MARTÍN BERNAL (*Abuso de derecho, ob. cit.*, pág. 127) sostiene que lo que se lesiona en el abuso de derecho no es el derecho objetivo sino la conciencia social. No se puede establecer una antítesis radical sino que existe como una zona intermedia: la que viene dada y constituida por aquellas conductas permitidas por el derecho, pero que son reprochadas por la conciencia social. En realidad, el error de este enfoque está en que no existe un "tertium gens": el acto es lícito o ilícito. Si se transgrede el derecho representado en la conciencia social, en esos principios o valores, en realidad se está ante un ilícito.

Otros autores, como GIORGIANNI (*L'Abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, pág. 186), entienden que el abuso de derecho se ubica **entre lo lícito y lo ilícito**, ocupando un lugar intermedio, algo así como una tercera figura. Se entiende que el acto abusivo es lícito en relación a un aspecto formal e ilícito en cuanto

transgrede los valores implícitos en la norma. Este criterio no se comparte, pues no se consideran como aspectos distintos los formales y los materiales sino que todo integra una realidad jurídica. Además, como ya se dijo, desde el punto de vista jurídico, el comportamiento es sólo lícito o ilícito.

#### D) Como acto ilícito "sui generis" o "atípico"

Los criterios de imputación de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual son el dolo, la culpa y la garantía (riesgo creado). Al calificar el abuso de derecho se considera no sólo la conducta del que abusa sino los intereses del abusado. Ejerciendo un derecho en forma abusiva se atenta contra los intereses de un tercero afectando deberes de solidaridad.

Quienes postulan tesis intermedias o **figuras "sui generis"**, no deben olvidar que en el derecho todo acto está permitido o prohibido, no existiendo alternativas intermedias. Todo acto es lícito o ilícito. Pero, a su vez, dentro de lo ilícito se puede entender que la figura del abuso de derecho cuenta con características propias que marcan su identidad.

ATIENZA - LUIS MANERO (*Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000, pág. 59) consideran el abuso de derecho junto al fraude a la ley y a la desviación de poder como un ilícito atípico o "sui generis". Se caracteriza por presentar discordia entre distintas normas del orden jurídico. Éste está formado por normas y principios generales. En ocasiones se actúa invocando un derecho respaldado por la norma pero apartándose de los principios generales. El ilícito es típico al transgredir una norma y es atípico cuando se actúa invocando un derecho y se transgreden principios generales. Los autores citados presentan al abuso de derecho como un instrumento de autocorrección del derecho, o sea, corrección del alcance de las reglas permisivas cuya vigencia es injustificada si en su aplicación se transgreden principios generales.

**El abuso de derecho salvaguarda la coherencia y sistematización de los principios generales y la aplicación de los derechos subjetivos.**

Tanto el abuso de derecho como el fraude a la ley o la desviación del poder parten de cuatro supuestos: a) accionar en principio respaldado por una norma; b) la producción de un daño causado con o sin intención; c) este daño es injustificado de acuerdo a la vigencia de ciertos principios generales; y d) la generación, a partir de este balance, de un criterio regulador por el que se consideran



como prohibidas conductas que, en principio, parecerían estar de acuerdo a derecho.

En definitiva, hay abuso de derecho cada vez que: a) se ejerce un derecho subjetivo; b) se daña un interés no protegido por el derecho. Si el interés es protegido por el derecho no hay abuso sino colisión de derechos; y c) el daño causado supuso una conducta inmoral, anti social, antifuncional y, por tanto, un perjuicio no justificado que es el que se trata de evitar y justifica la acción resarcitoria.

FERNÁNDEZ SESSAREGO (*Abuso del derecho*, Buenos Aires, 1992, pág. 153) considera el abuso de derecho como un **acto ilícito sui generis**, caracterizado por partir de la transgresión de un deber genérico.

En los casos de abuso de derecho, junto al derecho subjetivo **aparece el deber de respeto del interés ajeno. Así, no se abusa de lo lícito sino se transgrede un deber de conducta, lo que nos introduce en una forma de ilicitud sui generis.**

No aparece como transgresión de un límite al lícito ejercicio de un derecho subjetivo sino que se incumple un deber genérico de no dañar al tercero. El abuso no es exceso de licitud sino transgresión de deberes y por tanto, ilicitud.

No se trata de una postura intermedia entre lo lícito y lo ilícito sino de un ilícito "sui generis" por su origen y destino; no hay posturas intermedias sino situación lícita y luego ilícita, producto de la transgresión de un deber jurídico. El deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo se funda en el principio general que prohíbe el abuso del derecho.

El acto abusivo se sustenta originariamente en un derecho subjetivo pero que se convierte en acto ilícito por transgredir un deber jurídico derivado de una prohibición genérica. La ilicitud del acto abusivo, para este autor, es "sui generis" (*ob. cit.*, pág. 139 a 143), por lo que se aparta de la responsabilidad civil para formar una figura autónoma y se ubica en la teoría general del derecho. Comienza siendo un acto lícito pero en su ejercicio se afecta el deber de respetar el interés de los demás o de no dañarlos injustamente.

El deber jurídico, de no excederse en el ejercicio de los derechos subjetivos, actuando en forma antisocial o inmoral o dañando injustamente a otro, es correlativo a toda situación jurídica subjetiva de poder.

Corresponde dejar atrás la concepción de que en el abuso de derecho se lesionan intereses no tutelados específicamente por la nor-



ma pues este interés aparentemente no tutelado está amparado a través del deber jurídico que tiene el que ejerce el derecho subjetivo, estando protegido por los principios generales.

Se sale de la visión individualista del abuso de derecho y se ubica en el campo social, consistente en transgredir el deber jurídico correlativo a todo derecho subjetivo de no lesionar injustamente el interés ajeno, aún cuando no esté protegido expresamente por una norma. El ilícito no es sólo lo que transgrede la norma sino lo que se aparta de los principios generales del derecho, uno de los cuales es, precisamente, el no amparar el abuso de derecho.

Lo "sui generis" está en que: a) se trata de un acto que no es lícito aún cuando en su origen pudo serlo; b) no se ubica entre lo lícito o ilícito sino que termina siendo un acto ilícito "sui generis" pues deriva de violar un deber genérico; y c) por ser un ilícito "sui generis" no cae necesariamente en el campo de la responsabilidad civil, teniendo relevancia en ciertos casos aun cuando no cause daño.

### E) Otras opiniones

No han faltado quienes presentan la prohibición de actuar en forma abusiva, como un principio general de derecho.

ANTUNES VARELA (*Das obrigações em geral*, Coimbra, 1992, pág. 525) entiende que **hay abuso de derecho cuando se ejercita el derecho respetando una estructura formal pero violando su base sustancial**, funcional o teleológica, y, por tanto, configura un acto ilícito.

Están quienes entienden que lo abusivo se diluye en lo ilícito y autores como LÓPEZ MESA (*Curso de derecho de las obligaciones*, t. III, pág. 23) y KEMELMAJER DE CARLUCCI (*ob. cit.*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16 pág. 212), que piensan que **el acto abusivo no constituye un hecho ilícito**. Si se está ante un ilícito carece de sentido y utilidad la regulación del abuso pues quedan sometidos a otros supuestos regulados por el Código Civil y otras normas (hechos ilícitos). El abuso del derecho y el acto ilícito tienen ámbitos de acción diferente.

Para LÓPEZ MESA (*ob. cit.*), los territorios de aplicación de la noción de acto abusivo y acto ilícito no se superponen. La doctrina del abuso de derecho fue creada para afrontar situaciones en las que un derecho legítimo es utilizado en forma antifuncional, no ilícitamente, tornándose innecesaria la herramienta del abuso si se considera que el acto abusivo constituye un acto ilícito porque el código civil ya tiene normas para enfrentar la ilicitud. Así, el acto abusivo para este autor no es ilícito sino un acto disfuncionalmente ejercido.



## F) Nuestra opinión

Es fundamental en el análisis de la teoría del Abuso de Derecho el concepto de ilicitud y la extensión que del mismo se haga. Conforme a un enfoque tridimensional no tiene sentido la distinción entre aspectos formales y materiales en el fenómeno de la ilicitud configurando tal situación toda transgresión al ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones, normas, principios generales de derecho, e incluso valores implícitos en el sistema jurídico. El no actuar de buena fe, el no respetar los fines de la norma, no son concepciones extralegales sino que son jurídicas y marcan la dimensión de lo ilícito.

Diferenciar entre lo formal y material tiene sentido para quienes limitan el derecho a la ley y no para quienes vemos en el Derecho una realidad tridimensional donde la norma, los valores y los hechos se integran y condicionan mutuamente.

Los problemas y las diferencias de opinión parten de considerar ilícito sólo a lo ilegal o al apartamiento de lo que dice expresamente una norma. Ocurre que el ilícito va más allá de la mera ilegalidad, y se llega a él cuando existe el apartamiento de principios generales o disposiciones éticas o sociales de carácter superior y difuso, que están en la base del orden jurídico (PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, pág. 293).

Es importante la tesis del jurista peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*) quien, con acierto, propone no desvincular los derechos de los deberes. Cada derecho implica un deber. Por ejemplo, el derecho de expresar el pensamiento exige el deber de no difamar o de decir la verdad.

Los derechos subjetivos o libertades no están desvinculados de los deberes y es en este ámbito donde aparece la zona de la posible abusividad.

Donde referimos al límite de un derecho es porque empieza el deber hacia un tercero o el derecho de éste que debe respetarse. Para determinar si se pueden ejercer el derecho debe ponderarse los derechos de terceros o de los que integran la relación jurídica, y los derechos sociales, el bien común, la moral social y el interés general.

**El abuso de derecho es un forma de ilícito que surge del ejercicio de un derecho subjetivo en forma anormal, irregular, irracional, que se distingue del régimen de la responsabilidad extracontractual general en que aquí se actúa sin derecho, contra derecho, mientras que en el abuso de derecho se actúa con derecho y se termina por transgredir el derecho objetivo.**



Lo lícito deja de ser lícito y se convierte en ilícito. La conducta abusiva está prohibida implícitamente en el artículo 1321 del C.C. y en el principio general de derecho que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho como derivado de la buena fe.

El ilícito que parte del abuso de un derecho se caracteriza, precisamente, porque el acto comienza siendo el ejercicio de un derecho subjetivo, y que lo que se transgrede no está expresado formalmente en ese derecho subjetivo sino que son los fines, valores o intereses en que éste se funda. En conclusión, el abuso de derecho es una de las formas o de las modalidades de la ilicitud que se caracteriza por partir del ejercicio de un derecho subjetivo y transgredir fines, valores o intereses de terceros que, si bien pueden no estar referidos expresamente en la norma, están protegidos por el orden jurídico.

Las propuestas doctrinarias subjetivas y objetivas suponen un enfoque complementario del tema: la intencionalidad, la falta de motivo o interés serio, legítimo; el ejercicio irregular del derecho subjetivo; el desvío de la función o el fin del derecho; el apartamiento de los valores o de lo que surge de los principios generales del orden jurídico; la transgresión de la moral o las buenas costumbres o de lo que implica en el caso concreto proceder de buena fe... son todos índices de que la ilicitud va más allá de lo legal y que es posible ejercer un derecho del que se es titular partiendo de una situación lícita que al ejercitarse se convierte en ilícita por abusiva, de darse alguno de los parámetros pre-aludidos o similares.

Corresponde agregar que **el abuso de derecho se puede cometer por acción o por omisión**, o sea aun sin ejercer un derecho cuando se pudo y debió hacerlo para evitar un daño injusto a terceros.

El abuso de derecho no es sólo un aspecto de la responsabilidad civil sino un tema propio de la teoría general del derecho pues el abuso de derecho queda en evidencia con los límites internos en el ejercicio de los derechos subjetivos y éstos surgen de los principios generales que informan el orden jurídico.

Como bien lo señalara RENGIFO GARCÍA (ob. cit., pág. 73) el instituto del abuso de derecho ha tenido un desarrollo histórico que pasó de considerarlo una forma de culpa en el ejercicio de un derecho subjetivo proyectado en la responsabilidad civil para luego proyectarlo como una fuente independiente de responsabilidad pues se constataba aún en caso de ausencia de culpa o dolo.

Más tarde se entiende que el abuso de derecho no es tema exclusivo de la responsabilidad extracontractual sino que puede aplicarse



en la esfera contractual, en el ámbito del derecho de propiedad, etc., y finalmente se lo presenta como un principio general en la teoría general del derecho.

Corresponde agregar que –como ya dijimos– para identificar la conducta ilícita del que abusa de su derecho no debe hacerse en forma parcial o unilateral, considerando sólo la conducta del que ejerce este derecho en forma aislada sino que debe necesariamente estudiarse la situación del que sufre las consecuencias del ejercicio de este derecho. Para considerar lo excesivo, abusivo, injustificado, irregular, anormal del ejercicio de este derecho, es necesario ponderar los intereses en juego y determinar cuál se debe priorizar: el de quien ejerce el derecho, y por tanto el daño será lícito, o el de quien es afectado por el ejercicio de ese derecho y por tanto el daño será ilícito y por tanto resarcible.

## 11. ACTOS ILEGALES, ABUSIVOS Y EXCESIVOS

Siguiendo las enseñanzas de JOSSERAND (*El espíritu de los derechos y su relatividad, ob. cit.,* pág. 33), podemos diferenciar entre actos ilegales, abusivos y excesivos.

Los **actos ilegales**, para el autor citado son “aquellos que se ejecutan violando una disposición legislativa o reglamentaria; al ejecutarlos el propietario a transgredido los límites objetivos de su derecho; por ejemplo, no ha plantado en el terreno correspondiente sino en el terreno ajeno. Incurre, por lo tanto, en responsabilidad objetivamente, cualquiera que haya sido la pureza de sus intenciones, y sin que el demandante tenga que probar el perjuicio; de todas maneras la situación establecida contra el derecho, sin derecho, debe terminar. Por ejemplo, deberán cortarse o eliminarse los árboles mal plantados”.

Está también los denominados **actos abusivos** que son aquellos en que el propietario ha ejercido una prerrogativa que le pertenecía, no se ha excedido de su límites objetivos, construyó o hizo una excavación en su propio fundo. El acto es legal, irreprochable si se examina intrínsecamente, si se separa de la voluntad del que lo realizó, de los móviles que lo determinaron. El juez, empero, tiene la obligación de remontarse a estos móviles; si son reprensibles, sin contradicen la finalidad del derecho y si, por cierto, son maliciosos, el propietario podrá incurrir en responsabilidad por causa de abuso; tratándose de una responsabilidad subjetiva, y más bien de una responsabilidad mixta, pues, continúa JOSSERAND, se deduce a la vez del destino social del derecho y de la mentalidad de su titular, no armonizando ésta



con aquel y la responsabilidad estará subordinada a la existencia de un perjuicio.

JOSSERAND ubica la categoría de los **actos excesivos** para referirse aquellos que realizados en virtud de un derecho indiscutible y con un fin legítimo, causan, sin embargo, un perjuicio excesivo a un tercero; constitutivos de riesgo, imponen a su autor una responsabilidad objetiva, como la que se refiere a los actos de la primera categoría, pero con la diferencia de que su realización está subordinada a la existencia y a la prueba de un perjuicio excesivo hasta el grado de ser injusto, como es el caso de un industrial que pone en peligro las cosechas vecinas por los humos y gases que se escapan de las chimeneas de su fábrica. Los actos de la primera categoría son incorrectos intrínsecamente, en sí mismos; los de la segunda llegan a serlo por su génesis, ya que el autor los ha realizado sin motivo legítimo y, por lo mismo, contra el espíritu de la institución; los de la tercera, se convierten en fuente de responsabilidad no por sí mismos sino por las consecuencias materiales que producen.

Cierto sector de la doctrina presenta la posibilidad de que existan actos excesivos que sin llegar a ser ilícitos o antijurídicos, justifiquen igualmente la obligación de resarcir el daño. MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, Santa Fe, 1998, t. III, pág. 287) entiende que, por ejemplo, entre vecinos pueden existir molestias que sin ser antijurídicas, excedan los límites de tolerancia configurando actos excesivos de los que puede emanar responsabilidad. Se está próximo a la figura de la ilicitud pero sin llegar a serlo.

**En nuestra opinión**, si bien es cierto que en nuestro derecho pueden existir casos de responsabilidad por actos lícitos<sup>21</sup> en el acto excesivo hay en realidad una extralimitación no justificada por lo que en el caso pudo ser una tolerancia exigible y racional. El exceso nos

21 Según este enfoque, en esta categoría encontramos ciertas situaciones determinadas por actos lícitos que pueden causar daños resarcibles. Al tema hemos hecho referencia en otras oportunidades (ORDOQUI CASTILLA, "Obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas", *A.D.C.U.*, t. IX, pág. 245) en la que enunciamos distintos casos en que es la propia norma que luego de reconocer ciertos actos como posibles o lícitos, establece la obligación de resarcir los daños que se puedan causar. En este sentido se puede considerar el alcance de los artículos 1847; 576; 563; 581; 588; 723; 60 inc. 2 y 3 del C.C.). Se tutela concomitantemente los derechos tanto del que causa un daño como del afectado. GIORGIANNI (*La obligación*, Barcelona, 1958 pág. 14 y 32) sostuvo que la obligación de resarcir un daño no deriva exclusivamente de los daños causados por actos ilícitos sino también, en ocasiones, por actos lícitos cuando la norma así lo prevé.

aleja de lo lícito pues la conducta dañosa desplegada no es justificada y, por tanto, es ilícita. El factor de atribución suficiente del daño es el haber superado la tolerancia normal. Configura un error derivar de la falta de culpa que pueda haber en algunos actos de abuso de derecho o de exceso, la existencia de ilicitud.

Con referencia, por ejemplo, a las inmisiones entre vecinos no siempre puede pensarse en la existencia de un abuso pues esto implica la desviación derecho, su alejamiento del fin en vistas del que ha sido instituido. El propietario que causa a su alrededor incomodidades entre vecinos no comete necesariamente una desviación. Realiza actos de propietario, usando su derecho en vistas de su propio interés y, por lo tanto, conforme a la voluntad del legislador y a la esencia misma de la propiedad individual. Fabricante, industrial, agricultor, se dedican al ejercicio de su profesión sobre su propio dominio, obran correctamente y permanecen con exactitud en el espíritu de la institución. Bajo otros aspectos, el abuso implica, en la opinión dominante, tal como resulta de las decisiones jurisprudenciales, la comisión de una falta, consciente o no; se reduce a la noción genérica de delito o de cuasidelito; en consecuencia ¿cómo considerar culpable el ejercicio de una función lícita en condiciones normales? Tal decisión sería aún más compleja si el director del establecimiento dañoso hubiere obtenido, como sucede frecuentemente, una autorización administrativa o un reconocimiento de utilidad pública, o hasta una concesión otorgada por los poderes públicos que satisface el interés general.

En realidad, en estos casos puede existir daños que se deban resarcir no por una falsa dirección dada al ejercicio del derecho, sino por la intensidad misma del daño causado; deriva no de un delito sino del riesgo particular, exorbitante del derecho común, que el propietario o el jefe del establecimiento han creado en su propietario interés y sin reciprocidad posible; este riesgo debe recaer, en su último análisis, no sobre un tercero extraño, tanto a su creación como a su utilidad, sino más bien sobre quien lo ha causado por sí mismo, y quien al recibir sus provechos está perfectamente designado para recibir sus incidencias peligrosas. Por tanto, continúa JOSSERAND (*ob. cit.*), **se plantea una cuestión de equilibrio de derechos intereses opuestos; y esta cuestión se resuelve sin que se tome en consideración la moralidad y la oportunidad del acto, sin que sean estructurados y sospechosos los móviles del agente; se lo mira objetivamente y fuera de toda investigación de orden psicológico y en función de la teoría del riesgo.**

## 12. PRESUPUESTOS PARA CONSTATAR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO

Desde un punto de vista práctico, la posibilidad de incurrir en el ejercicio abusivo de un derecho requiere:

- a) La existencia de un **derecho subjetivo** (poder, facultad), que habilite a un sujeto capaz de acción u omisión. El ejercicio de este derecho, en principio, ocurre en el marco de la licitud. Pero en el ejercicio u omisión del derecho subjetivo se puede transgredir el interés legítimo de un tercero o de la contraparte cuya tutela se prioriza. Se comienza con el ejercicio del derecho que se entiende en principio lícito, pero que se transforma en ilícito. No se lesiona un derecho subjetivo de un tercero sino que se lesiona un interés que carece, como destaca FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 160) de protección normativa concreta. Este interés es protegido por principios generales como el de la buena fe y sus derivados.

En síntesis, para plantear una situación de abuso de derecho debemos comenzar por la determinación de un derecho subjetivo que cuando se ejercita determina la transición a la esfera de lo ilícito, afectando intereses de terceros o de la contraparte, protegidos jurídicamente.

- b) Cuando se ejercita el derecho subjetivo **se entra en conflicto con intereses ajenos**. No colisiona un derecho subjetivo con derecho subjetivo sino con un interés patrimonial ajeno.

Como señala FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 144) en el abuso de derecho existe la trasgresión de un deber genérico implícito en todo derecho subjetivo, consistente en el respeto debido de ciertos principios generales de derecho que marca la conducta debida al ejercer el derecho. Por esto, en el abuso de derecho existe la trasgresión de un deber de conducta que surge del orden jurídico y se proyecta a través de los principios generales como el de la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad, entre otros.

- c) **El derecho subjetivo se ejerce en forma irregular, antisocial o inmoral**. El ejercicio es ilícito pues se aparta de la buena fe, de la moral o lo socialmente admisible.
- d) La consecuencia del ejercicio de este derecho está en la afectación de un interés ajeno no tutelado por la norma en forma específica, lo que supone, para el tercero, **un daño** relevante jurídicamente.

Se debe priorizar en el caso la tutela del interés del afectado por el ejercicio del derecho y no sólo de quien ejerce el derecho y por tanto el ejercicio de este derecho se puede tornar abusivo o ilícito. Este daño debe tener entidad. No cualquier daño es relevante por más que sea generado en lo que se entiende abuso en el ejercicio de un derecho. La acción del orden jurídico por el abuso de derecho se da porque, en definitiva, se perjudica a la contraparte o a un tercero injustamente, determinando un daño con entidad suficiente como para ser calificado de tal.

- e) Existencia de **relación causal** entre el ejercicio del derecho y la afectación del interés del tercero.
- f) En estos casos **el daño causado es imputable al que ejerce el derecho** por diversos aspectos: a) por proceder en forma dolosa o culpable; b) haber usado el derecho en forma anormal, irracional o irregular; c) porque se procedió sin interés o sin interés legítimo, sin necesidad o utilidad; d) se apartó de lo que en el caso exigía el proceder de buena fe acorde a las buenas costumbres; e) se actuó con desvío del fin que es propio del derecho que se ejerce; f) se lesionó sin justa causa un derecho de un tercero o de la contraparte.
- g) La figura del abuso de derecho en su autonomía estructural **no exige necesariamente la calificación de una conducta como culposa o dolosa**. Como bien anotara MOSSET ITURRASPE (*ob. cit.*), el abuso de derecho exige la contradicción del ejercicio de un derecho con sus fines que justificaron su reconocimiento por lo que se está ante un caso de responsabilidad objetiva.

No obstante ello, como lo destaca BREBBIA (*Responsabilidad precontractual*, Rosario, 1987, pág. 68), con realismo, que cada vez que se ejerce un derecho contra el fin que justificó su reconocimiento se actúa en forma irregular, anormal o arbitraria, lo que implica la presencia de culpa o bien que la misma puede ser presumida con justa causa.

No nos parece que en el artículo 1321 del C.C. se refiera en forma clara a situaciones de responsabilidad objetiva. En nuestro derecho la responsabilidad por culpa es el principio general (artículo 1319 del C.C.), siendo la responsabilidad objetiva la excepción, no pueden presumirse ni extenderse por analogía.

Además, como bien señala LÓPEZ MESA (*Tratado*, t. I, pág. 327), estando ante un ejercicio de un derecho subjetivo, el principio rector es la libertad salvo abusos claros y definidos. El acto abusivo se



puede caracterizar por el ejercicio del derecho en forma irregular, anormal... lo que puede estar determinado en ejercer el derecho sin utilidad, necesidad o al margen de un fin serio o legítimo.

### 13. PAUTAS DE PONDERACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*ob. cit.*, pág. 216) enuncia ciertas pautas de calificación del abuso de derecho que consideramos acertadas y que se pasan a resumir:

- 1) **El abuso no se presume.** Es necesario probar con claridad la existencia del derecho lesionado y la relación causal con un daño de entidad, relevante jurídicamente.
- 2) **El abuso debe ser notorio evidente e importante,** y es, en principio, de interpretación estricta.
- 3) **Se debe fundar en qué consiste el abuso y qué es lo que se transgrede.** No es mera arbitrariedad del juez lo que pesa sino la discrecionalidad, o sea, la decisión debidamente fundada.

Adviértase que, conforme al art. 1321 del C.C., el juez debe calificar posibles "excesos" y éstos, para ser tales, deben tener notoria entidad y se constatables.

Se está ante una norma abierta que confiere importantes poderes al juez para actuar con discrecionalidad (o sea, en forma fundada y no arbitraria), valorando la razonabilidad, normalidad, utilidad de la conducta controlada y, en particular, el respeto a la buena fe y las buenas costumbres. En esta directiva legal se encuentra el terreno fértil para crear materialmente derecho, aportando soluciones innovadoras y dando respuesta a las nuevas necesidades sociales.

Llegada la hora de calificar los límites externos e internos que determinan la viabilidad en el ejercicio del derecho, se deben considerar los intereses en juego valorándolos y ponderándolos en su relatividad y priorizando el que se considere con mayor necesidad y conveniencia de tutela, conforme al interés general.

**Como ya se dijera, el concepto ilicitud en la actualidad exige la calificación de la situación jurídica tanto del infractor como del afectado por dicha infracción.** Se pondera el interés del infractor y el interés del afectado y se determina cuál de ellos es merecedor de tutela. Ello exige considerar en el caso, posibles causas de justificación; el ejercicio lícito de un derecho que causa un daño; el ejercicio abusivo de un derecho, etc.

**Lo que trasciende es una comparación y ponderación de intereses que entran en conflicto** guiados por la preservación de valores básicos, como el interés o la utilidad general; la buena fe, las buenas costumbres, etc. Según el interés que se priorice, existirá o no abuso de derecho.

#### 14. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

##### A) Con el fraude a la ley

En principio puede dar la sensación de que el fraude a la ley y el abuso de derecho son figuras similares pero, como veremos, tienen diferencias sustanciales que es oportuno tener presente.

Se ha sostenido que, en principio, el abuso de derecho lesiona intereses privados mientras que el fraude a la ley al desviar intencionalmente la aplicación de una norma puede afectar principalmente el interés general o social. No consideramos acertada esta propuesta pues en el abuso de derecho está implícito también el interés general y, en consecuencia, cuando se incurre en esta situación, se lesiona tanto el interés particular como el general. Se ha dicho también que el abuso de derecho es el género y el fraude la especie, que se caracteriza por desviar intencionalmente la aplicación de determinada ley.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA (ob. cit., pág. 37) consideran que el abuso de derecho supone ejercicio de prerrogativas determinadas cuyos límites externos pueden ser definidos con bastante precisión mientras que la mayoría de los fraudes no se realizan en el ejercicio de un derecho así concebido. Generalmente son actos realizados en razón de la libertad: la de concluir un contrato, la ambulatoria, etc.

LIGEROBUNO (*Le problème de le fraude a la loi*, París, 1924, pág. 144) entiende que el abuso de derecho refiere a un derecho subjetivo que se practica de manera irregular mientras que, en el fraude a la ley, es un derecho (objetivo) el que se aplica incorrectamente, al tiempo que se pretende evadir su aplicación, intentando acogerse a un precepto para evadir otro.

Cierto es que estas figuras se encuentran estrechamente vinculadas, pues buscan la justicia, evitando apariencias formales de legalidad.

**Desde nuestro punto de vista**, corresponde marcar como diferencias sustanciales las siguientes:

- a) En el abuso de derecho se ejercita un derecho subjetivo, desviándose de su fin, causando un daño. En el fraude a la ley se infringe



un derecho objetivo que es, en el caso, la norma aplicable, buscando su transgresión al amparo de otras diferentes;

- b) En el abuso de derecho hay exceso por mal uso del derecho subjetivo; en el fraude a la ley hay mal uso del derecho objetivo, usando las normas en forma torcida.

Tienen en común que tanto el abuso de derecho como el fraude a la ley buscan fines opuestos al ordenamiento jurídico.

Para referirnos a un caso de abuso de derecho es necesario que el sujeto sea titular de un derecho subjetivo, que lo ejerza en forma irregular y que cause un daño. En el fraude a la ley no se exige ni ser titular de un derecho ni ser causante de un daño.

### **B) Con el abuso de poder**

ALTERINI - LÓPEZ CABANA (*Enciclopedia de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, 1996, pág. 39) entienden que cuando el poder es ejercido desviadamente corresponde controlar, teniendo en cuenta todos los móviles que lo separen de la finalidad con que fue concedido. Aunque existe cierto parentesco entre el abuso de poder y el abuso de derecho, en tanto todos los derechos tienen una función social, se ha distinguido entre abuso de derecho *strictu sensu*, el cual se manifiesta en el modo de ejercer prerrogativas personales (derecho a la propiedad), y abuso de poder, que concierne a prerrogativas atribuidas por la ley o por un contrato en interés –siquiera parcialmente– ajeno. Como entienden los autores con acierto, resultaría erróneo, por tanto, reducir el abuso del poder a la teoría del abuso de derecho aunque –se ha dicho– la tentación de hacerlo es grande ya que el criterio funcional los aproxima pues todo derecho faculta al ejercicio de un poder.

El Código Civil holandés, en el art. 8 del Título Preliminar, establece: “1) El abuso de poder está prohibido; 2) Hay abuso de poder cuando se ejerce, sea sin otro propósito que el dañar a otra persona, sea para otra finalidad para la cual ha sido conferido, sea en un caso en el cual no podría ejercerse razonablemente, teniendo en cuenta la desproporción entre el interés representado por su ejercicio y el perjuicio causado; 3) un poder cuya utilización está enteramente librada a la apreciación de su titular no puede ser objeto de un abuso”.

Cierto es que quien ejerce un derecho ejerce un poder que se le confiere y cuando se actúa con abuso existe desviación de poder; o sea, el derecho es poder y el abuso de derecho es un uso abusivo o desviado del poder.

## 15. ÁMBITO DE APLICACIÓN

### A) Presentación del tema

Corresponde preguntarnos cuáles son las situaciones jurídicas en las que es posible aplicar la "teoría del abuso de derecho": ¿sólo opera respecto de derechos subjetivos o también en el caso de facultades o poderes o casos en que se ejerzan libertades?

También debemos aclarar si opera sólo en el ámbito contractual o también en el extracontractual.

Para ciertos autores (MAZEAUD Y TUNC, ob. cit., t. I, Vol. II, Nº 549; LAYERLE, "Responsabilidad por abuso de derecho". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, T. XVI, pág. 35), el abuso de derecho rige sólo en el ámbito expresamente previsto por la norma, y, en consecuencia, en nuestro derecho sería de aplicación sólo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Comenzamos por señalar que, conforme al texto del art. 1321 del C.C., entendemos que del mismo surge un **Principio General del Derecho** que es aplicable no solamente a la esfera extracontractual sino a todo el ordenamiento jurídico y en particular a la esfera del derecho contractual.

**En el ámbito contractual el abuso de derecho se presenta como abuso de poder.** Puede haber abuso en el ejercicio del poder de representación, actuando al margen del poder (art. 2075 del C.C.).

Se ha entendido que la revocación del mandato (art. 2087 del C.C.) o la rescisión de los contratos, deben responder a causas justificadas, pues, de lo contrario se incurriría en abuso de derecho. El abuso de derecho puede darse en el **ámbito comercial** (ej. competencia desleal); en el **ámbito laboral** (ej. despido abusivo); en el **ámbito procesal** (ej. abuso de las vías procesales); en el **ámbito del derecho de familia** (ej. desconocimiento de la paternidad)<sup>22</sup>.

La **Parte II de estos estudios** se dedica a aplicar la teoría del abuso de derecho en diversas disciplinas jurídicas (civil, comercial, procesal, laboral y administrativa) y en diversos temas puntuales, lo que da una visión de la relevancia del tema al tiempo que prevalece su carácter de principio general. Ya vimos la polémica en relación a si la teoría del abuso de derecho se aplica o no en todos los derechos subjetivos, sentando opiniones controvertidas. Nos quedan por efectuar algunas reflexiones sobre la aplicación del abuso de derecho en

<sup>22</sup> Ver Parte II Sección I y ss.





el ámbito contractual y si el mismo rige con relación a las libertades con carácter general.

### B) El abuso de derecho contractual

Un ámbito en que se presenta poco estudiado el abuso de derecho es en su proyección a la hora de la instrumentación de las relaciones contractuales. Ciertamente es que el abuso de derecho puede darse ya desde la etapa de las tratativas, cuando se ejerce abusivamente el derecho de informar, induciendo a error o a engaño, bien cuando se proponen cláusulas ejerciendo el derecho de la contratación de forma que se evidencia la imposición del fuerte sobre el débil, estableciendo condiciones desequilibradas y poco transparentes.

MAZEAUD TUNC (*ob. cit.*, nº 559) considera que cuando el abuso se comete en la ejecución o en la interpretación de un contrato, si bien existe un contrato el perjuicio no se causa con el incumplimiento contractual, lo que es indispensable para que haya responsabilidad contractual sino con su ejecución. La víctima se queja de que el contrato se ejecuta abusivamente. Tal el caso en que el deudor abusa de los plazos que le fueron acordados; tal el caso del arrendatario cuyo arrendador abusa del derecho conferido por el contrato de no aceptar un subarriendo.

Este razonamiento, como bien anota TAMAYO JARAMILLO (*ob. cit.*, pág. 606) es errado pues, si se abusa de las facultades que otorga el contrato, éste realmente se está incumpliendo. El deudor lo ejecuta en forma aparente, pero en lo subyacente hay un cumplimiento imperfecto lo que, en sana lógica no es más que incumplimiento a la luz del orden jurídico vigente. Además, **no se puede perder de vista que los contratos tienen en su estructura medular, la vigencia del principio general de la buena fe que nutre su misma causa.** Si bien del contrato surgen facultades o derechos, de ellas no puede abusar o ejercerse injustificadamente, sin interés o con interés de dañar.

La responsabilidad por abuso de derechos derivados del contrato será contractual pues parte del apartamiento de un deber concreto de conducta entre las partes, generalmente del deber de actuar de buena fe.

**En el ámbito el derecho contractual el abuso de derecho se sustenta en el principio general de la buena fe a que refieren los arts. 16 y 1291 del C.C.** A partir de esta pauta de conducta debida a la hora de contratar las partes se deben una actitud honesta, leal, sincera, transparente, solidaria y de colaboración.

Una de las funciones a las que ya se hiciera referencia con relación a la buena fe es actuar como límite en el ejercicio de un derecho, sea que éste se derive de un contrato o bien de una relación intersubjetiva. En el ámbito de la relación contractual, el abuso de derecho se orienta a preservar el fin o la causa del contrato. El derecho a contratar se regula y prevé siempre y cuando se ejerza dentro de determinados fines. El desvío injustificado de estos fines que legitimaron el derecho de la contratación, puede determinar según los casos la existencia de un abuso de derecho en el ámbito contractual.

En abuso de derecho se puede incurrir al momento de celebrar el contrato, imponiendo, por ejemplo, cláusulas abusivas; o bien al extinguirlo, ejerciendo abusivamente el derecho de receso, entre otras circunstancias.

En nuestro caso, en la Parte II de estos estudios destinaremos especial atención a la consideración del abuso de derecho en las denominadas cláusulas abusivas; en el ejercicio del poder de representación abusivo y en el receso unilateral abusivo.

En términos generales, como bien lo anotan LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS (*Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 204, pág. 280), **el abuso de derecho en el ámbito contractual no puede ser invocado para revertir malos negocios sino contra el aprovechamiento o la ventaja obtenida en forma inmoral o maliciosa.**

### C) Abuso de derecho y las libertades

MAZEAUD TUNC (*ob. cit.*, t. I, N° 549) considera que el problema del abuso de derecho se plantea sólo cuando entran en conflicto dos derechos: el del autor del daño y el de la víctima. El individuo tiene derechos subjetivos determinados, definidos, y además, tiene un derecho general y vago: el derecho a la libertad, el derecho a realizar actividades. Según este enfoque, en el ejercicio de la libertad (por ejemplo, de circular con vehículos por la calle) se puede incurrir en responsabilidad pero a nadie se le ocurre pensar que ello pueda ser abuso de derecho.

Para estos autores, el problema del abuso de derecho sólo se plantea cuando el autor del daño ha ejercido un derecho definido: sea un derecho subjetivo (derecho real o derecho personal); sea una prerrogativa legal que prolonga el derecho subjetivo (ejercicio de una acción en el ámbito de la justicia). O sea, según este punto de vista, abuso de derecho sólo existe en el ejercicio de un derecho definido o determinado.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA, ("Voz: Abuso de derecho" en *Enciclopedia de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1996, pág. 27 y ss.) entienden que esta teoría no se aplica al ejercicio de las libertades esenciales del individuo como la de expresión o la de circulación, entre otras. La teoría del abuso del derecho funcionaria sólo en relación a los derechos subjetivos precisos y determinados. En el ejercicio de las libertades públicas pueden generarse daños pero aquí no se aplica la teoría del abuso del derecho. Excluidas las libertades para poder hablar con propiedad de ejercicio abusivo, es necesario que se esté ante un derecho definido o determinado. Así, por ejemplo, la libertad ambulatoria, la de comercialización, entre otras, son nociones generales con contornos imprecisos.

RESCIGNO (*ob. cit.*, pág. 236) no comparte esta distinción entre derechos y libertades pues se olvida la innegable conexión que existe entre libertad y derecho y en particular entre la autonomía negocial y el ejercicio de las prerrogativas que nacen del contrato.

Se ha sostenido que para aplicar la teoría del abuso del derecho es necesaria la existencia de un derecho subjetivo determinado, que es lo que se ejercita abusivamente. Por consiguiente, para algunos no sería posible pensar en abuso de las libertades.

IRTI (*Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1990, pág. 34 y 48), considera que la figura del abuso del derecho se extiende a otras situaciones jurídicas subjetivas que se caracterizan por conceder a la persona libertades, facultades, derechos potestativos o poderes.

Pensamos con BIDART CAMPOS (*Tratado elemental del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1998, t. I, pág. 251) que las libertades son también, en esencia, derechos subjetivos, sin que ello cambie porque no se ejerciten respecto a un sujeto determinado sino en relación a toda la comunidad. La libertad jurídica atribuida al hombre aparece como un verdadero derecho subjetivo.

En nuestra opinión, la teoría del abuso de derecho es aplicable tanto en el caso de la libertad como en el caso de los distintos derechos subjetivos. Como dice FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 166) frente a la libertad en general existe el deber genérico de no lesionar un interés ajeno, y frente a las manifestaciones concretas de la misma o se aplica ese principio general que prohíbe el ejercicio abusivo o un dispositivo especial acogido por el ordenamiento.

Es necesario tener en cuenta que el concepto de abuso de derecho se extiende en su aplicación a otras situaciones jurídicas subjetivas



vas, que parten de conceder al sujeto la posibilidad de ejercer no sólo un derecho sino también una libertad, un poder, una facultad, un derecho potestativo. **Para entender la figura del abuso de derecho son necesarias varias precisiones previas:**

- a) Para abusar de un derecho es necesario tener ese derecho y que se trate, en principio, de un derecho subjetivo determinado. Si realizo la siembra en el campo vecino, no es un caso de abuso de derecho sino de falta de derecho, porque no tengo derecho a plantar en un campo ajeno. Diferente es que plante árboles en mi predio, donde tengo todo derecho, y como consecuencia de ello se le cause daños a los muros del vecino.
- b) Adviértase que se dijo que debe tratarse de un derecho determinado o subjetivo, no un derecho vago o indeterminado. Si, por ejemplo, atropello a alguien en el ejercicio de la libertad de circular, no hay abuso de derecho sino ilicitud en el ejercicio de la libertad.
- c) Además, debemos tener presente que existen ciertos derechos denominados "incausados", con los cuales es más difícil incurrir en abuso. Tal lo que sucede con el derecho a testar, o el derecho a solicitar la cesación de condominio. Debe tratarse de situaciones que carezcan de regulación expresa, pues existen casos de abuso regulados expresamente, como ocurre en el art. 415 del C.C. al regular las consecuencias de los abusos del tutor como administrador de los bienes de los pupilos.
- d) Por último, un aspecto esencial para entender la figura del abuso del derecho pasa por asumir que el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para un fin. Si se usa del derecho o se omite hacerlo, y se daña cuando se pudo y debió haber evitado el perjuicio, no se le está dando al derecho el fin para el que fue pensado y legitimado.

#### **D) ¿Derechos incausados?**

Se ha discutido la existencia de derechos o facultades incausados que escapan al control del abuso de derecho, aun cuando a través de ellos se pueda dañar a un tercero. GHESTIN - GOUBEAUX (*ob. cit.*, N° 705, pág. 625) advierten sobre la existencia de ciertos derechos calificados como de esencialmente discrecionales sobre los que no puede operar el abuso de derecho. Tal lo que sucede, por ejemplo, con el derecho de testar, o de decidir o no el adoptar un niño.

Sobre el particular se sustentaron dos posturas:

a) *A favor de la existencia de derechos incausados*

JOSSE-RAND (*Del espíritu del derecho y su relatividad*, México, 1946, nº 305, pág. 328) considera que existen derechos denominados abstractos (no causados), que se ejercen sin tener que dar explicaciones o fundamentos. Se pueden ejercer de cualquier forma y por cualquier fin, operando como excepción a las reglas. Ejemplo: el derecho a solicitar la cesión de un condominio; o requerir la liquidación de la sociedad conyugal después de disuelto el matrimonio...

MAZEAUD - TUNC (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Nº 548 pág. 233) considera que existen ciertos actos incausados o absolutos en los que no es posible aplicar la teoría del abuso de derecho. Existen, para estos autores, ciertas libertades que se confieren a la persona que son absolutas e irrestrictas. Para ALTERINI - LÓPEZ CABANA ("El abuso de derecho. Estudio de derecho comparado", en *Revista La Ley*, 1990) también existen ciertas libertades esenciales que escapan a la aplicación del abuso de derecho.

El mismo JOSSE-RAND (*Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, 1999, pág. 16) señala que existen, no obstante, derechos absolutos, que escapan del control del abuso, que se dejan a la discreción del titular que puede ejercerlos impunemente, sin discernimiento, pero la especie es rara. Puede decirse, en Francia, que en este sentido tenemos el derecho de los ascendientes a oponerse al matrimonio de sus descendientes (ver artículo 106 del C.C. Uruguayo). Tales prerrogativas tienen un carácter absoluto, no son motivadas y pueden utilizarse en cualquier ocasión sin que el titular tenga que dar cuenta de las razones que lo han movido a obrar. Son, en términos de JOSSE-RAND, supraderechos, derechos de poder de constitución unilateral.

En los denominados derechos incausados, el único juez posible del deber que incumpla el titular, es éste mismo. Juegan y se respetan motivos personales sobre los cuales el único juez es el involucrado, no estando en juego la cuestión social. Otro ejemplo, los tenemos con el derecho a testar.

b) *En contra de los derechos incausados*

Cierto sector de la doctrina rechaza la existencia de derechos incausados. MARKOVICH (*La théorie de l'abus des droit dans le droit comparée*, París, 1936, nº 76 y ss.) entiende que todos los derechos subjetivos son prerrogativas sociales y deben ser ejercidos en un espíritu social, por lo cual no hay derechos absolutos. En Argentina, SPOTA (*Tratado*



de derecho civil, Buenos Aires, 1967, t. II vol. 2, n° 163) sigue esta forma de razonar.

RIVERA ("Los derechos incausados", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, pág. 64) entiende también que no es posible identificar una categoría de derechos incausados. Comenzando porque no son los derechos los que pueden ser abusivos sino su ejercicio, corresponde agregar que las normas de las que se deduce la consagración del abuso derecho cómo límite explícito del ejercicio de los derechos subjetivos no contiene una enunciación de tales derechos incausados ni la definición de las condiciones de su existencia que permita identificarlos. Por otro lado, tampoco aparecen previsiones explícitas en otros artículos de los códigos de derecho patrimonial que reflejen de manera expresa supuestos de derecho que puedan ejercerse de manera tal que no queden nunca comprendidos en el ejercicio abusivo.

En síntesis, los caso que se presentan como de derechos que pueden ser ejercidos en forma incausada conforman una categoría que no pasa de ser un mero y breve rosario de ejemplos en los cuales se presume fuertemente la legitimidad del accionar de quien los ejerce. Pero, continúa RIVERA (*ob. cit.*, pág. 66) de manera alguna permiten identificar en forma clara y concreta a casos de derecho cuyo ejercicio esté definitivamente excluido de su ponderación a la luz del abuso de derecho. En fin, concluye el autor, todo parece indicar que, de un ejercicio groseramente abusivo los Tribunales no están dispuestos a aceptar mansamente que ellos carecen de la posibilidad de aplicar los correctivos que emanan de la doctrina del abuso del derecho cómo límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Autores más modernos como GHESTIN - GOUBEUX - GUBEAU (*Traité de droit civil*, T. I, pág. 126 y ss, n° 765) rechazan la existencia de derechos incausados pues, si bien existen derechos que en su ejercicio se deben respetar y en principio no se deben cuestionar, ello no impiden que en ciertas circunstancias puedan verse ejercidos en forma abusiva. Para los autores el abuso de derechos se aplica a todos los derechos subjetivos, libertades y facultades. El derecho no piensa los derechos, ni el Estado los autoriza para que sean ejercidos en forma antisocial o irracional en ningún caso.

Para SPOTA (*Tratado de Derecho Civil*. Parte general, t. II, n° 263, pág. 228) sostener que un derecho subjetivo no puede estar limitado por el fin perseguido en su ejercicio significa trastocar valores pues el derecho ya no sería un instrumento al servicio de la vida social sino un conjun-



to de poderes del individuo para satisfacer cualquier fin o móvil, aun cuando esté reñido con el orden, la seguridad, la moral o la justicia.

## 16. CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

### A) Presentación del tema

Ante una situación de abuso de derecho, el orden jurídico propone distintas posibles consecuencias: en ciertos casos, establece la nulidad de lo actuado, en otros, es posible la aplicación de medidas procesales de detención o de prevención, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de exigir la resarcibilidad de los daños cuando éstos fueren causados.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA (ob. cit., pág. 36) señalan que los efectos o las consecuencias de los actos abusivos son:

- a) despojar de toda virtualidad al acto derivado, privándolo de efectos;
- b) impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso (inoponibilidad objetiva de la acción);
- c) genera el derecho al resarcimiento del daño.

En nuestro planteo hacemos referencia, como consecuencias del acto abusivo, a los siguientes efectos:

- a) imposibilidad o inexigibilidad del acto;
- b) cese del ejercicio abusivo del derecho;
- c) resarcimiento del daño por acto abusivo;
- d) la inoponibilidad del acto abusivo.

En esta instancia sólo procede el planteo de las generalidades del tema, volviendo sobre el mismo cuando se estudien en la parte Especial, los casos concretos.

### B) Nulidad, imposibilidad del acto o inexigibilidad

Como bien advierte LORENZETTI ("Abuso de derecho, contrato de duración y distribución de bienes", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16 pág. 125) el acto abusivo al ser calificado de tal es despojado de toda virtualidad y privado de efectos.

MARTÍNES (ob. cit., pág. 33) entiende que la represión justificada al abuso de derecho se debe concretar en denegar la protección jurídica del derecho invocado por quien lo ejerce abusivamente, de forma que se llegue a la pérdida del derecho del que se ha abusado.

En el ámbito de las consecuencias que puede generar una situación de abuso de derecho consideramos de interés destacar que en la actualidad cierta doctrina especializada de Alemania e Italia, representada en nuestro estudio por la opinión de RESCIGNO (*ob. cit.*, pág. 120-122) señala que el ejercicio abusivo de un derecho en el ámbito de la relación contractual, **la prestación puede dejar de ser exigible**. El abuso de derecho comienza donde la conducta del obligado pretendida por el titular del derecho, no es exigible.

Superada la diligencia debida, no se puede pretender del deudor que se ejecute igualmente la prestación. Se puede estar en el ámbito de un posible abuso de derecho y por tanto de inexigibilidad.

LARENZ (*ob. cit.*, pág. 153) señala que la posibilidad de la inexigibilidad puede sobrevenir cuando ello sea exigido por la tutela de los más altos intereses, especialmente en consideración de la vida y la salud del deudor o de sus familiares, o bien que corresponda a un deber moral más elevado que el de la prestación.

La doctrina, en el decir de BUERES (*ob. cit.*, pág. 185), ha dulcificado la ponderación de la imposibilidad absoluta en las prestaciones por la vigencia del principio general de la buena fe. Si ante situaciones de imposibilidad justificada del deudor, el acreedor pretender la ejecución de la prestación, puede estar incurriendo en abuso y, en consecuencia, la prestación se torna inexigible.

### C) Resarcimiento del daño por abuso

#### a) Presentación del tema

Cuando, como consecuencia del ejercicio de un derecho en forma abusiva se causa un daño, el mismo debe ser resarcido en el ámbito de lo dispuesto por el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1319 y ss. del C.C.). La actividad abusiva, por acción u omisión, puede causar daños personales o patrimoniales, debiendo los mismos ser resarcidos. El abuso de derecho, como ya se dijera, se puede calificar como una forma de conducta ilícita que, de estar relacionada causalmente con un daño, determina el origen de la obligación de resarcir. El ejercicio de un derecho puede causar daños y operar como causa de justificación de perjuicios, existiendo en estas circunstancias daños lícitos no resarcibles. En estos casos el daño no es ilícito, pero se puede considerar necesario, por el interés afectado, que los mismos sean resarcidos. No se está ante supuestos de responsabilidad pero sí de indemnización en la medida en que la norma así lo prevea y lo autorice.



El abuso de derecho puede no causar daños al interés de terceros o a la sociedad. El daño es trascendente para el aspecto resarcitorio pero, por ejemplo, en la tutela preventiva por el no uso de una marca en forma abusiva, o para evitar la contaminación ambiental, se aplica sobre la base de pautas de abusividad con criterios de prevención antes de que el daño opere. Se ha sostenido por ciertos autores (LLAMBÍAS, *Código Civil anotado*, t. IV A, Buenos Aires, 1981, pág. 426) que el daño resarcible en estos casos se pondera desde la fecha de la demanda pues hasta esta fecha existió tolerancia. En realidad, como bien anota CORSARI (*ob. cit.*, Buenos Aires, 2006, pág. 190), no parece ser éste el criterio correcto del momento que en ocasiones se demora la demanda en busca de soluciones amigables. El daño causado con el ejercicio abusivo de un derecho debe ser resarcido desde que se causa, con prueba que lo acredite.

El daño, cuando se causa, puede ser personal o material según el interés afectado; puede ser individual, colectivo o difuso. El interés afectado debe ser legítimo y tutelado por el orden jurídico.

Corresponde agregar con relación al daño a la persona que éste puede ser moral, al causar sufrimiento o dolor; puede ser un daño existencial al afectar la calidad de vida de la persona por pérdida de la tranquilidad, afectación de la salud (salubridad), por alteración al honor situaciones que afectan injustificadamente el bienestar físico y psicológico de la persona.

El daño, además, puede ser actual o potencial según que del acto abusivo se deduzca un peligro evidente de no adoptarse medidas de protección. En las medidas posibles de prevención o de enfrentamiento al peligro inminente, la teoría del abuso del derecho cobra autonomía con relación a la teoría clásica de la responsabilidad civil.

*b) Derecho a la serenidad familiar (daño existencial)*

Ante los daños causados por el abuso en el ejercicio de un derecho de propiedad, emitiendo, por ejemplo, ruidos u olores superando la normal o habitual tolerancia, aparece la figura del daño a la serenidad familiar, cuya alteración puede, según los casos, derivar en daños a la salud, al afectarse el bienestar psicológico de la persona. Cuando se causa stress, tensión psíquica, afectación a los nervios, cansancio por no dormir por el ruido causado, etc., en esencia se están causando lo que la doctrina ha denominado daño existencial (ver estudio sobre el mismo ORDOQUI CASTILLA, *La responsabilidad civil en el derecho de familia*, Montevideo, 2005, pág. 247 y ss.).

*c) El abuso de derecho como factor de atribución*

Lo relevante en estos casos es cuando el abuso de derecho aparece relacionado causalmente con un daño y, actuando como factor de atribución, en él aparece el fundamento de la obligación resarcitoria con referencia al daño causado. Quien ejerce abusivamente un derecho incurre en ilicitud pues existe un apartamiento de los fines (intereses) que justificaron la razón de ser de ese derecho. En esencia, con el ejercicio de ese derecho se causa un daño injustificado y esto es lo relevante a los efectos resarcitorios. Estas valoraciones de fines o intereses, que para algunos son algo extrajurídico, en realidad, como se dijera, son la esencia de lo jurídico y determinantes de que algo que pudo ser visto como lícito, en realidad no lo fue.

ZAVALA DE GONZÁLEZ (ob. cit., pág. 403) considera que aún con prescindencia del dolo o culpa, alcanza con acreditar el desborde objetivo de los límites que razonablemente respaldan al derecho que se ejerce. Si bien existen casos de abuso fundados en la culpa o en el dolo, pueden concurrir otros factores de atribución como ser el abuso de derecho strictu sensu, considerado en forma autónoma, en cuanto a que con prescindencia de motivos adicionales, la antifuncionalidad del acto dañoso lo descalifica y torna equitativo que su autor asuma las consecuencias perjudiciales causadas injustamente.

Además, en la medida en que el abuso de derecho opera como principio general de todo el sistema jurídico, debe advertirse que en el Derecho de la Responsabilidad Civil actúa no sólo como factor de atribución contra el responsable sino también, eventualmente, en contra de las prestaciones de la víctima. Tal lo que sucede, por ejemplo, si la víctima exagera los montos de los daños reclamados. Es, como bien anota ZAVALA DE GONZÁLEZ (ob. cit., pág. 409), lo que ocurre cuando se reclama el valor de una cosa o un precio superior al del mercado.

**D) Cese del ejercicio abusivo del derecho**

Prevenir y mitigar el daño es un principio general como el de su resarcibilidad en forma íntegra. Como señala ZAVALA DE GONZÁLEZ (*Actuación por daños*, Buenos Aires, 2006, pág. 239), al tiempo que reviste trascendencia prioritaria la directiva de no dañar, también debe evitarse los daños injustos y de haber sucedido, coartar su continuidad o agravación.

Ante la inminencia de un daño causado por conductas abusivas e ilícitas y la perturbación que ello determina, es posible exigir judi-



cialmente una tutela sustancial inhibitoria que tiende a prevenir o impedir que se cause o que cese una causación ya iniciada y continua de un determinado daño.

El deber de conducta alcanza no sólo a no apartarse de las normas, de los principios generales, sino que se debe también abstenerse de realizar acciones que se traduzcan en peligros inminentes e injustos de lesión de derechos. Aquí no se exige certeza de un daño sino probabilidad, inminencia o previsibilidad cierta y objetiva de que tal perjuicio ocurrirá.

En la doctrina italiana moderna, autores como GAUDINO ("Il danno de pericolo", en la obra dirigida por CENDÓN, *Persona e Danno*, Milán, 2004, t. IV, pág. 3243) considera que causar situaciones de peligro grave e inminente genera temor, aprehensión, turbación, perturbaciones que, en definitiva, son daños. El peligro causado y relevante es idóneo para provocar efectos negativos en el sujeto expuesto al riesgo o al peligro. El autor citado distingue el peligro de daño, del daño de peligro. El "**peligro de daño**" es el daño futuro con probabilidad de que suceda. Otra cuestión diferente es que el peligro genere un daño actual, conformando el denominado "**daño peligro**".

Ante situaciones claras de abuso en el ejercicio de derechos que puedan causar daños, el juez puede adoptar medidas inhibitorias tendientes a prevenir o mitigar el daño, máxime cuando están en juego daños personales. El juez puede ordenar que se reduzcan molestias graves. Ejemplo, que se deje de publicar tal información o propaganda.

LLAMAS POMBO ("Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños" en la obra *La responsabilidad civil*, Madrid, 2007, pág. 445 y ss.) destaca cómo en la actualidad la generalidad de la doctrina entiende que en ciertos casos el derecho de daños no cumple sólo una función resarcitoria sino que debe cumplir una función preventivas (inhibitoria) o mitigadora de daños.

TRIMARCCHI ("Illecito", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XX, Milán, 1970, pág. 106) sostiene que toda reacción frente al ilícito mira primero cómo impedirlo preventivamente y sucesivamente, si ya ocurrió, cómo eliminar sus consecuencias.

Por aquello de que "**más vale prevenir que curar**", se contemplan no sólo aspectos económicos sino esencialmente tuitivos de la persona. Ante la amenaza cierta de peligro inminente de que ocurrirá un daño por abuso de derecho, el orden jurídico no puede quedar inactivo. **No parece acertado pensar que ante un daño inminente**

**el derecho sólo puede esperar y ver cómo el peligro se convierte en daño para sólo entonces actuar. Dicha forma de pensar es contraria a la propia racionalidad y sentido del derecho.**

En la actualidad, el protagonista principal en el Derecho de Daños no es el que causa un perjuicio sino el que lo sufre injustamente, o sea, la víctima, priorizándose la línea de protección al más débil.

El principio general del "alterum non laedere" enfoca el tema desde el punto de vista del causante del daño. Encarando el tema desde el punto de vista del afectado, el criterio rector pasa a estar reflejado en la existencia de un "derecho a no ser dañado injustamente" (derecho a la indemnidad). No podemos ignorar que la Constitución al consagrar derechos de segunda generación, como son el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, llevó a que el Estado de derecho y democrático sea, además, un **Estado social** que proyecta dicha tendencia en el mismo derecho civil, justificando una propuesta más solidaria y preventiva en tutela de la persona.

**Permanecer impasible ante a ocurrencia del daño**, en términos de ALTERINI - LÓPEZ CABANA (*Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, 1995, pág. 307) **es tanto como crear o justificar un derecho a dañar.**

Otro fundamento importante de la función preventiva o inhibitoria del derecho de daños está en que, más allá de que en esencia ello posibilita una tutela más integral de la persona, implica una postura más eficiente desde el punto de vista económico pues, en definitiva, reduce costos resarcitorios.

El camino de la tutela civil inhibitoria no está marcado por los art. 1319 y ss. del C.C., que parten de la existencia de un daño y consagra una tutela resarcitoria, sino que se debe buscar como criterio rector reflejado en distintas disposiciones puntuales a las que haremos referencia a continuación.

Por ello es importante en el estudio del abuso de derecho no sólo concentrar la atención en la posible resarcibilidad de los daños sino de la denominada tutela sustancial inhibitoria, que la encontramos referida implícitamente en normas del Código Civil como los Art. 612, 614, 620 del C.C., que refieren a la posibilidad de hacer cesar molestias que puedan convertirse en abusivas. Se está ante una actividad ilícita cuando se generan amenazas de daño que lesionan el interés del actor y existe posibilidad de detener lo que está dañando o es inminente que va a empezar a dañar.

En otras normas del Código Civil está implícita la regulación de la prevención del daño. Así, en el art. 2339 del C.C. se permite al



acreedor del hipotecario asegurar su crédito por la pérdida de valor del bien hipotecado, previendo posibles daños y posibilitando exigir mejorar el monto del valor patrimonial dado en garantía.

Desde el punto de vista procesal, ante el daño causado por abuso de derecho se pueden adoptar medidas preventivas cautelares para evitar la continuidad de este perjuicio. **Las principales vías procesales para lograr la tutela inhibitoria son: a) la acción de amparo; y b) medidas cautelares.**

La ley 16.011, art. 1, al regular la acción de amparo, prevé la posibilidad de recurrir a la justicia cuando es inminente y actual la lesión que restrinja entera o amenace con ilegitimidad manifiesta, derechos y libertades protegidos por el orden jurídico. La protección jurisdiccional no se limita a los daños ocurridos sino que abarca la amenaza de daños.

Como anota ZAVALA DE GONZÁLEZ ("La tutela inhibitoria contra daños", en *Revista de Responsabilidad y Seguros*, Buenos Aires, 1991, nº 1, pág. 1), un acto o hecho que pone en serio peligro el goce de un derecho es una perturbación que, en rigor, significa por sí misma un empeoramiento del interés o afectación del mismo. Una noción de daño amplia abarca no sólo el daño ya causado sino también la situación de inminente peligro que se traduce en una perturbación que afecta un determinado interés del sujeto.

En este sentido los Art. 311 y ss. del Código General del Proceso regulan el denominado proceso cautelar. En el Art. 312 se establece que: "Podrán adoptarse medidas cautelares cuando el Tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho, siempre que exista el peligro de lesión o frustración del mismo por la demora de proceso.

La existencia de derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente."

En el Art. 313 se otorgan facultades especiales al Tribunal para la aplicación de este tipo de medidas.

En otro orden, los Art. 42 y 220 del C.G.P., al regular la tutela de los intereses difusos, también prevén la posibilidad de medidas de prevención.

El artículo 48 de la ley 9739 de 17 de diciembre de 1937 sobre tutela de la propiedad literaria y artística, legitima a solicitar al juez medidas cautelares necesarias para evitar que se cometa la infracción o se continúe o repita una violación ya realizada a los derechos de autor.

En la Ley 10.751 sobre propiedad horizontal, en el Art. 9, se prohíbe en carácter preventivo a los propietarios realizar actos que atenten contra la tranquilidad o la seguridad de los vecinos.

En la propia ley de relaciones de consumo, 17.250 en el artículo 6 lit. F, aparece como derecho del consumidor “**la efectiva prevención** y resarcimiento de los daños patrimoniales y extramatrimoniales”.

Además, en el caso concreto de la publicidad engañosa o abusiva, se puede solicitar como medida de prevención la suspensión de la publicidad (Art. 51 de la ley 17.250).

En la ley 17.817, referente a la regulación de actos de discriminación, art. 4, se prevé que la Comisión Honoraria contra el racismo, la xenofobia u otras formas de discriminación, “pueda **adoptar medidas concretas para prevenir** actos de discriminación”.

En el ámbito del derecho ambiental, la ley 16.466 en su Art. 1 establece medidas de prevención del impacto ambiental. Lo mismo podemos tener en cuenta en el Art. 16 de la ley 17.289 sobre el mismo tema.

Como bien señala LUQUIN BERGARECHE (*ob. cit.*, pág. 215) el abuso de derecho comienza a destacarse por justificar medidas de prevención que lo identifican y que permiten mayor tutela, sobre todo de intereses legítimos personales.

Las consecuencias que debe tener el haber ejercido o el estar ejerciendo un derecho en forma abusiva, suponen la posibilidad de detener el abuso si aún persiste (ej. utilizando, por ejemplo, la acción de amparo).

En doctrina se admite que se puede accionar por abuso de derecho no sólo para que se repare el daño causado sino **para evitar daños futuros y previsibles tratando de mitigar futuros perjuicios**. TRIMARCHI (*Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1991, pág. 175) entiende que la acción inhibitoria es posible ejercerla aun cuando no exista regulación expresa en la ley en los casos en que existió abuso de derecho, es inminente que va a ocurrir o está ocurriendo y necesario evitarlo.

El juez puede adoptar medidas que estén a su alcance para evitar la continuidad del abuso y sus efectos.

En ciertos países, como España, el tema tuvo regulación expresa en los casos de abuso previéndose la adopción de medidas que impidan la persistencia del abuso (artículo 7.2 del C.C.). Como bien señala LÓPEZ HERRERA (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2006, pág. 401) la caución implica la aplicación del principio de

la prevención de la responsabilidad civil, por lo que el juez está habilitado a adoptar medidas cautelares para hacerlo cesar o para evitar que se concrete aunque sus efectos no se hubieren aún materializado cuando es inminente que se van a concretar.

Tal sería el caso de una construcción a iniciarse desconociendo la propiedad del titular del terreno..

**Las medidas enunciadas son sin perjuicio de resarcimiento de los daños y perjuicios que se puedan causar en todo caso.**

**Como requisitos para pensar en una posibilidad de tutela inhibitoria**, según ZAVALA DE GONZÁLEZ (*ob. cit.*, pág. 4), se exige: a) una actividad ilícita clara y determinada; b) la amenaza cierta e inminente de un daño. Del ilícito se deduce como previsible una probabilidad cierta de daño. c) La lesión al interés del actor que se da a partir de la perturbación que causa la inminencia del daño; y d) la posibilidad material de detener el daño.

**En nuestra opinión**, cuando por un acto ilícito o abusivo se crea una situación de daño injusto inminente, existiendo una relación causal entre ambos y la posibilidad material de evitar el daño, es posible solicitar judicialmente medidas cautelares de prevención o de mitigación del daño cuando éste ya ha comenzado y puede continuar en su ejecución.

La prevención de daños inminentes e injustos constituye un verdadero principio general del derecho. Del enunciado de la normativa precedente se deduce que la prevención del daño está presente como principio general para impedir el daño o evitar su continuidad<sup>23</sup>.

### **E) La inoponibilidad**

En ocasiones, ante el abuso en el ejercicio del derecho, mediante el empleo de ciertas formas, el orden jurídico dispone la inoponibilidad de la figura jurídica que se plantea, de manera que el afectado por la forma pueda prescindir de su existencia y llegar al que buscó, con esa forma, una cobertura indebida. En concreto, debemos pensar en que, por ejemplo, la ley 16.060, art. 189, regula las consecuencias del abuso de la personería jurídica, disponiendo su inoponibilidad ante el afectado<sup>24</sup>.

Dicho en otras palabras: el derecho de la persona favorecida puede exigirse sin trabas pese a la existencia de aquellas formas o

23 Ver sobre el tema Epílogo a la obra *Derecho de Tránsito II*, Montevideo, 2009.

24 Ver sobre el tema Parte II, Sección II, n. 8.



actos que, en principio, se le interpusieron. DUCLOS (*L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, París, 1984, pág. 127), considera como inoponibilidad la ineficacia, respecto de un tercero, de un derecho nacido a consecuencia de un acto jurídico irregular. Cuando el acto es calificado como inoponible se entiende como no realizado respecto de ciertas personas que, en consecuencia, tienen derecho a desconocerlo

RAGEL SÁNCHEZ (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pág. 33), entiende que ante una actuación jurídica: la persona puede encontrarse en tres situaciones: obligada; como ajeno pero afectada; o como total ajeno. El caso del ajeno pero afectado es, por ejemplo, el arrendatario de una finca que se vende. Si bien no participa en el contrato de venta, indirectamente lo afecta.

El principio de la inoponibilidad se relaciona íntimamente con el principio de la relatividad del contrato. Los actos convencionales no le son oponibles o no tienen eficacia respecto de quienes no participaron directamente en su formación.

En otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, Montevideo, 1998, t. III, vol. 1 pág. 24) sostuvimos que, por principio, el contrato tiene efectos entre las partes sin afectar a terceros. Pero respecto de éstos es oponible pues su existencia no puede ser ignorada. Por ello, en realidad, existen efectos entre las partes y respecto de terceros puntualmente en lo que a su oponibilidad existencial se refiere.

Este efecto de inoponibilidad se puede perder si el derecho se ejerce en forma abusiva. El principio de la oponibilidad del contrato respecto de terceros significa que éstos están obligados a tener en cuenta la existencia del contrato, o sea, no lo pueden desconocer. Cuando se dispone la inoponibilidad, en concreto se elimina esta forma y desconociéndose, es posible ir a lo que está detrás de ella.

La inoponibilidad es una medida de solución para disipar el posible conflicto de interés entre las partes y terceros, especialmente en los casos en que lo actuado por aquellas pueda derivar en perjuicio sobre éstos.

VETTORI (*Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, pág. 154), entiende que la declaratoria de inoponibilidad permite ignorar de una manera ficticia cierto acto por ser perjudicial a un tercero que en el caso es protegido por el ordenamiento jurídico.



## 17. PRUEBA DEL ABUSO DE DERECHO

El abuso de derecho debe ser claro, real y con posibilidades de ser probado. La extralimitación resultante del abuso no se presume y debe poder acreditarse en cada caso concreto. Lo que se presume es que los derechos se ejercitan correcta y normalmente. Si se entiende lo contrario, debe acreditarse, teniendo la carga de la prueba el que invoca dicho extremo (Art. 139 del C.G.P.) (“Actori incumbit probatio”).

A la hora de probar circunstancias en las que se invoca el abuso de derecho debe acreditarse tanto su existencia como sus consecuencias.

Se debe probar, por ejemplo, el desvío del móvil perseguido en relación al fin del derecho que se ejerce y que con ello se causa un perjuicio. Si bien el actor tiene la carga de probar, ello no desplaza el deber del demandado de controvertir y aportar también pruebas y colaborar con el acceso a la verdad y a la justicia.

El demandado no cumple un papel pasivo estando sólo a la espera de pruebas del adversario sino que debe aportar al proceso elementos que contribuyan a llegar a soluciones justas.

No debe pensarse que es fácil probar los móviles que responden al fuero íntimo del demandado. Nadie será tan ingenuo de confesar su intencionalidad real. Pero no debemos olvidar que la prueba no apunta sólo a elementos subjetivos sino también a elementos objetivos y constatables. Si el acto se aparta del fin perseguido por la norma, la prueba en este ámbito está objetivada pues el actor debe probar no tanto el móvil del demandado sino que lo actuado se desvió del fin o la función social de la norma.

De la prueba de las consecuencias o efectos se puede deducir o encontrar indicios de sus causas. No debemos olvidar que en este ámbito rige la teoría de la carga probatoria dinámica, de forma que quien esté en mejores condiciones de aportar elementos probatorios debe hacerlo porque tiene el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad. En ocasiones es correcto que el juez aligere la carga de la prueba del actor pues la misma se deduce o se presume de la entidad del daño causado. Así, por ejemplo, de la difamación grave y notoria de un medio de prensa se puede deducir el ejercicio de un derecho en forma abusiva más allá de las intenciones.

## 18. NUESTRA OPINIÓN

I. Comenzamos por destacar que **el abuso de derecho debe presentarse como un principio general de derecho** (art. 16 del C.C.). Es



importante el rol que se le asigna a los principios en la teoría general del derecho. Como señala GUIDO ALPA (*Trattato di Diritto Civile*, t. I, Milano, 2000, pág. 868), los principios aluden a valores que se evocan como casi indiscutibles o incuestionables. El principio refiere a una norma de conducta que, en cuanto tal, se legitima por sí misma en su vigencia y en su fuerza. Los principios refieren a los valores esenciales en los que se apoya el orden jurídico. IHERING, cuando escribe sobre el “espíritu del derecho romano”, lo presenta como un “todo en sí”, sustentado en grandes principios. Estos principios generales son expresión misma de los valores. Así, por ejemplo, el principio del respeto recíproco “no hacer al otro lo que no quiero que me hagan”, el principio del respeto a la persona, el principio de la autorresponsabilidad, el principio de la autonomía privada y de la autodeterminación.

En la vigencia del principio del abuso de derecho se destaca la vigencia de valores instrumentales como el de la coherencia y la razonabilidad, de forma que no sea posible ejercer un derecho fuera del ámbito para el que fue consagrado, y, además, está en juego el mismo valor de la justicia en defensa de los daños injustos que por esta vía se deben amparar.

Un principio general de derecho no es algo supra o meta legal (ESSER, *Principio y norma de la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, pág. 167). Tampoco es algo material frente a lo formal, pues lo material está integrado en lo formal y forma parte de ello.

Estos principios generales son, precisamente, la expresión de los valores que forman parte integrante del orden jurídico.

II. Desde nuestro punto de vista, consideramos pertinente acompañar la opinión de FERNÁNDEZ SESSAREGO (*ob. cit.*, pág. 179) y de BORDA (*Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, pág. 50) cuando establecen que **lo abusivo es lo antisocial, lo anormal, lo irregular lo que atenta a la solidaridad, a la moral, a los principios de la buena fe y a las buenas costumbres**. BORDA (*ob. cit.*) hace un enunciado sobre todas las hipótesis en que puede haber abuso de derecho señalando que:

- 1) puede haber intención de dañar o culpa. Este debe ser el móvil principal, aún cuando haya otros secundarios;
- 2) ausencia de interés, ejercicio de un derecho sin necesidad o beneficio para nadie;



- 3) si se ha elegido entre las diferentes maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros;
- 4) si el perjuicio ocasionado es anormal, o excesivo,
- 5) el ejercicio del derecho anormal o desequilibrado;
- 6) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres, la moral la buena fe, lealtad, los fines sociales y económicos en virtud de los que se confirió el derecho;
- 7) si se ha actuado de manera no razonable o repugnante a la lealtad o la confianza recíproca, (BORDA, *ob. cit.*).

**En definitiva, estamos ante criterios que no se oponen entre sí y que pueden actuar en forma complementaria**, conformando una aptitud de facultades discrecionales para que pueda ejercer el juez, aplicando uno u otro criterio.

Se está ante un abuso de derecho cuando el titular usa prerrogativas (derecho subjetivo, libertad, facultad) o ejercita por acción u omisión de tal forma que, en principio, concuerda con la norma legal pero que finalmente resulta ser una conducta apartada de la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines para los cuales se concedió esa prerrogativa. CARRANZA (*Abuso de derecho. La reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1970 pág. 28) lo considera, siguiendo a DEMOGUE, una especie de acto ilícito disimulado bajo la apariencia del ejercicio de un derecho.

III. El abuso existe cuando la actividad, no obstante ejercerse aparentemente y exteriormente como conforme al contenido formal de un derecho, no está acorde al contenido sustancial o al fin del mismo. El que ejerce un derecho puede hacerlo en forma lícita o ilícita; regular o irregular, racional o irracionalmente.

**Ejercicio del derecho y licitud no son conceptos concurrentes y correlativos.** Puede haber un ejercicio ilícito de un derecho y ello depende de la conducta que en el caso asuma el infractor.

IV. Es conveniente evitar confusiones y marcar con la mayor precisión posible los caracteres que identifican o dan identidad a esta figura. Una cosa es incurrir en responsabilidad a partir de la lesión del derecho de un tercero a no ser dañado y otra, **partir del ejercicio de un derecho con el que se puede dañar**, sin responder a un interés serio o sin que exista justificación.

En el primer caso, la conducta es, como destaca TAMAYO JARAMILLO (*Tratado de la responsabilidad civil*, Colombia, 2007, t. I, pág. 592)



“a priori” ilícita y, en el segundo caso, la conducta es irreprochable por el orden jurídico, así sea que con él se cause daño a terceros.

Ejemplo, al levantar un edificio en mi propiedad realizo un acto lícito que puede dañar a otros por pérdida de vista al paisaje que los beneficiaba. No hay aquí abuso de derecho de propiedad. Pero si construyo un muro, para lo que tengo derecho, pero con el único interés de dañar, se puede estar incurriendo en abuso.

En este caso se está, en principio legitimado para dañar –ej. levantar el muro– y la conducta es, en principio, lícita. **Pero si el daño se causa sin justificación, sin un motivo legítimo, se puede estar abusando en el ejercicio del derecho.**

V. Otra característica del abuso de derecho está en que en el ejercicio de éste, en el caso de dañar, **no responde a un interés o motivo serio o justificado.**

La falta de interés serio en el proceder suele poner en evidencia la intención de dañar. Como bien anota TAMAYO JARAMILLO (*ob. cit.*, pág. 597) la falta de interés serio es lo que generalmente permite desmascarar la intención dañina del que ejercita el derecho. Ejemplo: un periodista tiene el derecho-deber de publicar información cierta. Pero si es una información poco importante y el periodista la destaca en la primera plana del diario, consciente de que no tiene interés pero con la intención de dañar a la persona referida en la información, habrá abuso de derecho y responsabilidad. La prueba del dolo está implícita en el caso en la falta de interés serio.

Se requiere además, como lo destaca el autor citado, consciencia de la falta de interés serio. El que cree que existe interés serio y no lo hay, no incurre en abuso. Si este error es culposo, es responsable por abuso de derecho culposo.

Si existe interés serio en el ejercicio del derecho y a ello se suma, en el caso hipotético, intención de dañar, aquí la doctrina se divide pues, por un lado, están los que piensan que esta conducta está legitimada por responder a un interés serio, legítimo y digno de tutela. **Aquí debe primar el criterio de la razonabilidad y el equilibrio.** Puede existir una importante desproporción entre el derecho que se ejercita y el daño que se causa, lo que puede poner en evidencia la existencia de abuso de derecho.

La figura del abuso de derecho la vemos identificada en los casos en que el ejercicio de derecho pueda llevar, en el ámbito de lo lícito, a dañar, pero este daño, que pudo ser lícito, se torna ilícito por la forma en que se ejerce el derecho. Así, por ejemplo, ejerciendo el de-



recho de informar puedo dañar lícitamente si lo hago correctamente, pero si ello no ocurre por falsedad, exageración, omisión... incurro en abuso de derecho.

VI. **Razonabilidad y normalidad** son dos pautas a considerar para identificar el abuso y cómo se ha ejercido el derecho.

El exceso (término utilizado en el artículo 1321 del C.C.), supone anormalidad. Lo excesivo es contrario a lo normal.

El abuso, como señala HERNÁNDEZ GIL (*Las relaciones de vecindad*, Madrid, 1958 pág. 60) es exceso y éste tiene como medida la normalidad. Para ser lícito el ejercicio del derecho debe respetar la norma en su contenido y la en forma como se ejercita, actuándose con razonabilidad y tolerancia según las circunstancias del caso.

El acto abusivo supone un respeto de la alteridad de la norma pero una ejecución irregular, razonable, anormal, conformando así un ilícito sui generis.

**En nuestra opinión**, el ámbito en el que se identifica el abuso de derecho con mayor claridad es en la determinación de lo que implica un **proceder razonable** y para identificar esto se debe recurrir a la consideración de casos similares en circunstancias económicas y sociales. En lo razonable encontramos el necesario respeto del fin para el que fue reconocido el derecho, lo que nos introduce en los aspectos axiológicos que conforman al derecho en su realidad tridimensional.

Para VÁZQUEZ FERREIRA (*Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI*, Buenos Aires, 2001, pág. 429), el derecho de las obligaciones considera relevante la exigencia de la razonabilidad en el ejercicio de los derechos, entendiéndolo como tal una exigencia de moderación y de prudencia acorde a lo que es el sentido común y las máximas de la experiencia. No se trata de una mera valoración subjetiva pues se parte de una valoración objetiva de justicia y de respeto a la naturaleza de las cosas o del sentido común.

Lo razonable –como bien anota LUQUIN BERGARECHE (*Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Madrid, 2005, pág. 68)– supone una superación del criterio de la anormalidad pues, englobándolo en su seno, lo comprende y además abarca abusos que sin ser anormales no son razonables por pautas claras de equidad. Así, en una industria que ajusta su proceso de producción despidiendo gases tóxicos contaminantes para la salud, que afectan la calidad de vida, aunque estos gases sean normales y aunque esté habilitada la industria, lo que se hace puede no ser razonable y en consecuencia abusivo. De cara al derecho administrativo puede ser un proceder lícito, pues

existen habilitaciones y ser algo normal, pues el propietario ejerce un derecho al desarrollo de su empresa, y una libertad para la actividad comercial, generando fuentes de trabajo, pero lo que se hace puede no ser algo razonable jurídicamente pues se puede estar afectando la calidad de vida de ciertas personas, debiendo primar la solución razonable y justa, por lo que el abuso de derecho queda desde esta óptica vinculado ineludiblemente a la buena fe y a la equidad<sup>25</sup>.

VII. Para advertir la verdadera dimensión del abuso de derecho se debe enfocar la situación jurídica analizada no en forma unilateral, como ya lo hemos indicado, analizando sólo la conducta del que ejerce el derecho sino en forma bilateral, estudiando las proyecciones y consecuencias reales de este accionar. Se puede enfrentar el interés del que ejerce un derecho con el interés del afectado por la invocación de este derecho. En ese encuentro es el juez el que inicialmente debe marcar prioridades, analizando la conducta del que ejerció el derecho (Su posible accionar anormal, irregular, sin justa causa, sin interés, apartado de los fines de la norma) y los derechos o intereses del afectado. Si prioriza estos últimos, por las razones invocadas, el ejercicio del derecho sería abusivo y el daño que se pudiera causar, resarcible.

VIII. **El abuso de derecho forma parte no tanto del derecho civil, del derecho comercial o del derecho administrativo sino de la Teoría General del Derecho**, que preserva el respeto del orden jurídico no sólo cuando la norma se transgrede directamente sino aún cuando actuando, en apariencia formalmente dentro de la legalidad, se pueden estar afectando otros intereses (valores) también protegidos por el derecho, que son lesionados sin causa de justificación.

No podemos vivir sobre la ilusión de que en las normas están realmente resueltos todos los problemas que parten de conflictos de intereses entre quienes conviven en sociedad y que existen soluciones para todas las formas de daños e intereses que se puedan afectar injustamente. Lo que nos dan las normas son instrumentos,

25 Entendemos de real trascendencia tener presente para la posible determinación del abuso de derecho la aplicación de los principios derivados de la buena fe, como ser el principio de la razonabilidad cuyo alcance es definido con precisión en los Principios Generales de los Contratos Lando (Art. 1:302) al establecer: "Lo razonable debe juzgarse de acuerdo con lo que considerarían otras personas que actúan de buena fe y en las mismas situaciones de las partes. En concreto, para definir qué es razonable se debe tener en cuenta: a) la naturaleza y el fin del contrato; b) las circunstancias del caso; c) los usos y prácticas de la actividad involucrada".



principios, criterios que deben luego concretarse a la realidad y ahí es donde se descubre la labor creadora de la función judicial. En este proceso de consagración de la teoría del abuso de derecho está en juego la culminación de una legítima reacción al individualismo egoísta de los Siglos XVII, XVIII y XIX, propio de un sistema burgués en el que se elaboraron paradigmas huecos, como el presuponer que todos somos libres y todos somos iguales, y que lo acordado es justo, o el pensar que todo tiene respuesta en la ley. **Hoy la realidad se ve diferente, debiéndose encarar la problemática social, dejando de lado individualismos egoístas y debiéndose contemplar otros tipos de intereses que puedan estar comprometidos y que, en muchos casos, pueden llegar a afectar la misma calidad de vida de los que conviven en sociedad.**

IX. Como lo sostuviéramos en otra ocasión, (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho extracontractual*, pág. 156) no podemos considerar la teoría del Abuso de Derecho en cuanto tal como incluida en el art. 1321 del C.C. por una razón cronológica esencial y es que surge a la vida jurídica a partir del año 1905. En consecuencia, antes de que fuera propuesta con claridad por SALEILLES Y JOSSELAND lo que existía era una tendencia jurisprudencial a limitar la amplitud en el ejercicio de algunos derechos subjetivos. Como lo ha señalado AMÉZAGA (*ob. cit.*) en el artículo 1321 del C.C. no hay más que un sabio y prudente consejo de que no hay derechos absolutos y que los derechos tienen sus límites. En nuestro Código Civil de 1868 no se puede considerar incluida una teoría que surge en el año 1905. Podría decirse que su texto se presta para su inclusión, pero no que se previó en la norma tal teoría.

X. Entendemos que la vigencia del principio general del derecho que refiere a la necesidad de actuar de buena fe que surge de la sistemática de los arts. 16 y 1291 del C.C. y 332 de la Constitución, da sustento a una proyección más clara de una de las manifestaciones de este principio general que se concreta, precisamente, en el hecho de que no es posible ejercer los derechos en forma abusiva o anormal. BUSNELLI - PATTI (*ob. cit.*, pág. 184) llegan a afirmar que la vigencia del principio de la buena fe en el derecho italiano llevó a la aplicación poco frecuente del principio del abuso del derecho.

A modo de síntesis, son varios los factores por los que se puede llegar al abuso de derecho sin que ellos puedan presentarse como excluyentes entre sí: intención de dañar; ejercer el derecho sin un interés concreto; aún actuando sin culpa si se extralimitan en el ejer-

cicio del derecho pautas emergentes del actuar de buena fe o los fines para los que fue pensado tal derecho; otros señalan que no se respetó la función para la que fue pensado el derecho; otros indican que se incurre en abuso de derecho cuando en su ejercicio se transgreden los límites internos marcados por el orden público, las buenas costumbres, la moral.

Como se advertirá, en la aplicación de estas pautas se destaca la labor de la jurisprudencia que es sustancial para su vigencia.

## 19. MARCO NORMATIVO

### A) Código Civil

1319. *Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.*

*Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo, esto es, con la intención de dañar, constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.*

*En uno y otro caso el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.*

1320. *No son capaces de delito o cuasidelito los menores de diez años ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.*

1321. *El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.*

1322. *Nadie es responsable del daño que proviene de caso fortuito a que no ha dado causa.*

### B) Constitución de la República

*Al abuso de derecho refiere la propia Constitución de la República en el Art. 29 al establecer: "es enteramente libre, en toda materia, la comunicación del pensamiento por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley, por los abusos que cometiere".*

## 20. SEGURIDAD VS. JUSTICIA EN EL ABUSO DE DERECHO

Quienes ven en los derechos o intereses protegidos por la buena fe, la equidad o la solidaridad como un peligro para la certeza del derecho y ven en el abuso del derecho una teoría peligrosa, pues el





juez aparece como sujeto expuesto a presiones o pasiones, en realidad no enfrentan un problema de inseguridad sino de desconfianza en los jueces.

BORDA (*Tratado, ob. cit.*, Parte general, t. I, pág. 42) considera con acierto que no son justificados los temores de quienes han sostenido que las facultades conferidas a los jueces para evitar el ejercicio abusivo del derecho pueden ser un instrumento de inseguridad jurídica que termine por negar a las personas derechos que la ley les reconoce.

Por el contrario, de no consolidarse aun más **la teoría del ejercicio abusivo del derecho, ello puede derivar en verdadera inseguridad pues se terminaría por priorizar al individuo y desconocer la sociedad en la que él se desarrolla.** Sin esta teoría se prescindiría de lo social en el ejercicio del derecho lo que podría llevar al caos y la inseguridad, afectándose valores que están en la conciencia moral colectiva.

MARTÍNES (*ob. cit.*, pág. 30) con acierto destaca que el principio del abuso de derecho es un principio general que no afecta la certeza del derecho y marca un límite de fondo en su tutela, límite que es connatural a la misma función del orden jurídico y tiene un justo sistema de regulación de conflictos entre intereses contrapuestos.

No se trata de invocar el abuso del derecho o la buena fe en el ejercicio del derecho para dejar de lado la norma o los contratos sino de lo que se trata es de que, con la aplicación de estos instrumentos jurídicos sean respetadas las normas y los contratos dentro de los fines para los cuales fueron admitidos por el orden jurídico.

Cierto es que la aplicación de la figura del abuso derecho implica que el juez adquiere un especial protagonismo pues aplica conceptos abiertos o indeterminados; en definitiva, se le delegan facultades para determinar lo que en el caso puede ser excesivo o estar sobrepasando los límites como el de la buena fe, guiándose por principios generales.

**La sensibilidad ontológica del juez, la ponderación de la práctica o las máximas de la experiencia en parámetros de razonabilidad pueden parecer límites imprecisos, pero no por ello menos necesarios.**

Podrá parecernos mejor o peor que el juez actúe con discrecionalidad en estos casos pero lo cierto es que nadie se ha quejado a la fecha de los jueces por extralimitarse de competencias al aplicar la figura del abuso de derecho o el principio de la buena fe.

**La jurisprudencia es derecho y prudencia**, y ello caracteriza el proceder de los magistrados en estos casos que exigen una mayor profundidad y reconocimiento de la realidad, de la casuística y de la experiencia jurídica.

Cierto es que a través del abuso de derecho se logra dar respuesta a situaciones no reguladas expresamente por la norma, pero ello no afecta sino que consolida la seguridad jurídica pues permite la transformación y el ajuste del derecho a las nuevas realidades dentro de la legalidad.

**La figura del abuso del derecho o las posibilidades de controlar los excesos en el ejercicio del derecho configuran un verdadero estándar jurídico** por el que la norma delega al juez la consideración de soluciones razonables que, preservando la seguridad, lleven a la justicia del caso concreto.

La sociedad no toleró la primacía de los derechos y las libertades cuando veía claramente afectada la justicia en aras de una seguridad jurídica de normas que hacía valer la forma sobre el fin o los valores éticos, sociales o económicos en juego.

En el tema del abuso del derecho muchos se preocupan de la posible afectación de la certeza o de la seguridad jurídica. En el fondo, de lo que se duda en estos planteos es de la ecuanimidad y equilibrio de quienes deben aplicar estos criterios o principios.

Consideramos que la vigencia del abuso del derecho lo que hace es consolidar la seguridad jurídica, pues ésta, sin justicia, pierde sentido como tal.

En segundo lugar, **el abuso de derecho está vigente judicialmente en nuestro país desde hace muchos años, y en su aplicación jamás hemos constatado "abusos" en el ejercicio del derecho relativo al abuso del derecho.**

Siguiendo a RECASENS SICHES (*Nueva filosofía de interpretación del derecho*, México, 1956) debemos señalar que los hombres fabrican derecho movidos principalmente por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en sus relaciones sociales, aunque, desde luego, no cualquier certeza y seguridad, sino precisamente certeza y seguridad en pautas de justicia.

Esta certeza y seguridad que se desean es uno de los móviles fundamentales de la vida humana, pero no solamente respecto al derecho sino a varios aspectos. A veces la urgencia de seguridad choca con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y



justicia se resuelven según las características del caso concreto, a veces a favor de la seguridad y otras veces sacrificando éste en aras de la justicia. Claro que con la certeza y seguridad no basta, porque lo que nos importa es certeza y seguridad en la justicia. La justicia y el séquito de valores por ella implicado tienen un rango considerablemente más alto que la seguridad. Pero la seguridad que es notoriamente muy inferior a aquellos otros valores, constituye sin embargo, un valor funcional pero jurídico.

## **21. PROPUESTA DE PROYECTO DE ARTICULADO PARA LA REGULACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO A UBICAR EN UN FUTURO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL**

Entendemos que cuando se reforme, y esperamos que sea próximamente, el Código Civil, en su Título Preliminar se regule, entre otras figuras, el denominado "Ejercicio abusivo del derecho". Para ello, se propone la siguiente redacción:

- 1) El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley.
- 2) Existe abuso de derecho en todo acto u omisión que, ya sea por la intención de su autor, por el objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente, los límites normales del ejercicio del derecho de conformidad con la buena fe, la razonabilidad, las buenas costumbres o el fin social o económico de la norma, causando daño a terceros o a las personas con las que esté relacionado jurídicamente.
- 3) Además, existe abuso cuando el derecho se ejerce con un fin diferente a aquél para el que ha sido reconocido, o en supuestos en que, teniendo en cuenta la desigualdad entre los intereses implicados en el ejercicio del derecho y el interés que dicha ejecución perjudica, no hubiere debido razonablemente ejercitarse.
- 4) El abuso de derecho dará lugar a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, sin perjuicio, en todo caso, de la indemnización por daños y perjuicios a que diere lugar.





**II**  
**PARTE ESPECIAL**  
**ABUSO DE DERECHO EN LA INTERDISCIPLINA**



Las formas en que puede presentarse el abuso de derecho son prácticamente indeterminadas por lo variadas y extensas. Como ya lo hemos señalado, el principio general del abuso de derecho tiene manifestaciones en distintos ámbitos: dentro del derecho civil, lo tenemos en el derecho contractual, en el derecho extracontractual, en el ámbito del derecho de familia, en el ámbito de la tutela del derecho a la propiedad, en la posibilidad de ponderar el ejercicio abusivo de la personería jurídica, etc.

A los efectos de nuestro planteo, ordenamos los casos más destacados por materia. Así, clasificaremos situaciones de ejercicio abusivo de derechos en el ámbito del Derecho Civil; en el ámbito del Derecho Comercial; en el ámbito del Derecho Procesal, en el Derecho Laboral y en el Derecho Administrativo

## SECCIÓN I

### DERECHO CIVIL

#### 1. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

##### A) Presentación del tema

El derecho de propiedad fue considerado como el derecho individual por excelencia pues confiere a su titular un derecho absoluto de uso y disposición del bien. Sus atributos principales son, precisamente, ser un derecho inviolable, sagrado, del que se puede usar y disponer libremente.

El Código Civil cuenta con artículos claros que responden aisladamente a este criterio. Así, lo establecido en el artículo 486 en cuanto dispuso: "el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente no yendo contra la ley o contra derecho ajeno".

El derecho de propiedad es considerado como el derecho individual por excelencia, como el prototipo de un derecho absoluto, sagrado, inviolable, natural e insustituible. Junto con la libertad, la

seguridad y la resistencia a la opresión, fueron los valores considerados luego de la revolución francesa y de allí que, en un principio, con toda lógica, y como reacción a la situación que se estaba viviendo, que se plantearan en su carácter de absolutez como reivindicación política.

Esta concepción meramente escolástica y legendaria, alejada de la realidad, fue dejada de lado cuando se constatan los estragos que un propietario puede causar si le dejan hacer con sus bienes lo que él quiera. Desde una propiedad se podría contaminar el agua, el aire, hacer ruidos, causar humaredas, etc., situaciones todas de ejercicio de derechos que se pueden tornar en abusivas para el vecindario.

La posible naturaleza invasora de los actos que se realizan en ejercicio del derecho de propiedad, determinó rápidamente que se comenzaran a delinear sus necesarios límites, particularmente importantes cuando de ellos depende la convivencia pacífica y saludable entre vecinos.

La propiedad tiene como derecho limitaciones objetivas marcadas por las normas expresamente, como las que regulan las servidumbres legales (art. 581 del C.C.) y otras tantas limitaciones a que refieren los arts. 588, 601, 606, 612, 618, 620 y 715 del C.C.

Respecto de estas normas, en términos de Josserand (ob. cit., pág. 23), se puede decir que la teoría del abuso de derecho retrocede ante los detalles establecidos por el legislador ante la limitación de las prerrogativas individuales. Mientras el legislador delimite con más precisión el ejercicio del derecho, menos posibilidades existirán de que este derecho sea ejercido abusivamente: las fronteras objetivas marcadas por la norma, hacen menos necesarias las fronteras subjetivas establecidas por el abuso de derecho.

Como bien lo destaca JOSSERAND (*Del abuso de derecho y otros ensayos*, Colombia 1999, pág. 7), quizás es el derecho de propiedad el primero que ha servido de campo experimental a la teoría del abuso, por lo menos el derecho relativo a la propiedad de bienes inmuebles. Es un derecho tradicionalmente absoluto; es el *dominium* por excelencia, confiere a quien de él está investido plena "in re potestas" y no sólo entre los romanos sino en las sociedades modernas. La Revolución Francesa de 1789 le reconoció valor de un atributo natural e imprescindible, inviolable y sagrado de la personalidad humana, al mismo título que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Se pregunta si por ser propietario le será permitido hacer imposible la vida alrededor suyo y muy lejos a la redonda. Será, por ejem-





plo, indiferente que establezca un matadero que apestará el aire circunvecino; si monta una fábrica cuya explotación conmoverá el suelo y cuyas emanaciones harán impracticable cualquier cultivo, ¿ello será normal?; si cava un hoyo profundo en el lindero de su heredad que determina que se hunda la casa del vecino, ¿ello es correcto?; los vecinos, ¿no pueden protestar entonces por el ahumado, el asfixiado, la destrucción de su vivienda por acto del otro vecino?

Por respetable que sea la propiedad, hay otro derecho que es tan sagrado como ella, si no más: es el de defender, ante los tribunales, las acciones de las que cada cual está investido, el derecho de acudir a la justicia o, de una manera más general, de recurrir a las vías legales con la mira de asegurar la efectividad, el respeto de nuestros derechos.

**Cierto es que la Iglesia Católica a lo largo de su historia ha inculcado la buena doctrina en lo que refiere a cuál debe ser el ejercicio debido sobre el derecho de propiedad.**

ROMERO JOUDIN (*El abuso de derecho*, Ecuador, 1993, pág. 61) enuncia algunos textos sustanciales de la Iglesia que reflejan cuál es la postura debida con referencia al ejercicio del derecho de propiedad. Así, en el documento eclesial *Gaudium et Space* (nº 69), se sostiene que los bienes creados debe llegar a todos en forma equitativa bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad. El hombre al usar los bienes no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente sino también a los demás. Por lo demás, el derecho a poseer una parte de bienes suficientes para sí mismos y para sus familias es un derecho que a todos corresponde.

El Papa Juan XXIII en *Pace y Terris*, sostuvo que la dignidad de la persona humana requiere, además, que el hombre en sus actividades proceda por propia iniciativa y libremente. Por lo cual, tratándose de la convivencia civil, debe respetar los derechos, cumplir las obligaciones y prestar su colaboración a los demás en una multitud de obras, principalmente en virtud de determinaciones personales.

Pablo VI, en *Populorum Progressio*, concluye en que el derecho propiedad no debe jamás ejercitarse en detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los padres de la Iglesia y de los grandes teólogos. Si se llegase al conflicto entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales, toca a los

poderes públicos procurar una solución con la activa participación de las personas y de los grupos sociales.

En el *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, N° 177, se establece la tradición cristiana nunca ha aceptado el derecho a la propiedad privada como absoluto o intocable: al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la Creación entera: el derecho a la propiedad privada como subordinada al derecho común, al destino universal de los bienes.

El principio del destino universal de los bienes afirma, tanto el pleno y perenne señorío de Dios sobre la humanidad, como la exigencia de que los bienes de la Creación permanezcan finalizados y destinados al desarrollo de todo el hombre y de la humanidad toda. Este principio no se opone al derecho de propiedad sino que indica la necesidad de reglamentarlo. La propiedad privada, en efecto, cualquiera que sean las normas concretas de los regímenes y las normas jurídicas a ella relativas, es, en su esencia, un instrumento para respeto del principio del destino universal de los bienes, y por tanto, en último análisis, un medio y no un fin.

En síntesis, conforme este planteo sobre la propiedad existe una verdadera “hipoteca social” en la medida en que no es posible con el ejercicio de este derecho dañar a terceros.

Nuestra Constitución, en el Art. 32, realiza una valoración social de la propiedad cuando expresa que puede incluso llegar a expropiarse en caso de que existan razones de interés general. Además, todas las normas que regulan la protección del medio ambiente, a partir del Art. 47 de la Constitución (ver leyes 16.466, 17.220, 17.234, 17.283 y 17.852) pusieron en evidencia la existencia de limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad en miras de la protección de la persona y de la sociedad toda.

## **B) Función social de la propiedad**

En principio la propiedad puede ser vista como algo contrario al bien común y es innegable que en la práctica puede ser utilizada en su contra. Como destaca MILLÁN PUEYES (*Persona humana y justicia social*, Madrid, 1982, pág. 84) están quienes piensan que la propiedad es la forma de disfrazar y consolidar un abuso cubriéndolo con las galas de la legalidad. Ocurre que la propiedad privada y el bien común son diferentes pero no incompatibles. Si bien la propiedad privada puede ser usada contra el bien común, de lo que se trata es

que el ejercicio de este derecho no degenera en abusos que afecten al bien común.

**La propiedad como derecho no es buena o mala, depende de cómo se ejerza.** Por ello no puede entenderse que la propiedad privada es opuesta al bien común.

**Lo que debe controlarse es que la propiedad privada no se ejerza en contra del bien común.** Este no se opone a que la persona disponga de bienes para satisfacer sus necesidades. El derecho a la propiedad es un derecho natural, tan natural como son las necesidades de una persona que deben ser satisfechas. Toda persona tiene el derecho natural a que se le garantice la propiedad y derecho al ejercicio pacífico de uso de sus bienes materiales. Pero esta garantía se obtiene sólo cuando el derecho a la propiedad se ejerce dentro de ciertos límites.

**La propiedad privada es un derecho natural derivado o secundario respecto al derecho de uso de los bienes que es el derecho primario o principal.** No se puede ejercer el derecho de propiedad de forma que con ello se obstaculice el derecho de otros. La propiedad privada es admisible siempre y cuando se reconozca que responde intrínsecamente a una función social. Esta función social no es un añadido o un paliativo sino que forma parte de la esencia de la propiedad.

Advierte DE LOS MOZOS (*El derecho de propiedad: crisis y retorno en la tradición jurídica*, Madrid, 1993, pág. 3) que la propiedad ha experimentado un giro conceptual de importantes connotaciones, cambio éste que fue consolidado por su regulación en la Constitución al disponer su subordinación al interés general (Ver artículo 32 de nuestra Constitución).

El enfoque individualista del artículo 487 del C.C. es dejado de lado por el artículo 32 de la Constitución, que subordina la propiedad al interés general o el interés social. La propiedad referida al interés social exige a su titular un comportamiento acorde al mismo. Coexisten, de esta forma en la propiedad el interés personal o individual y el interés general, que los bienes deben satisfacer en razón de su función social.

**La función social es inherente al concepto mismo de propiedad por lo que no puede considerarse propiamente como un límite a la misma ya que ésta es una verdadera finalidad de la institución sin la cual no podría ser entendida.** De esta forma, la función social es



un presupuesto del derecho de propiedad, pero no es un criterio que pueda determinar la existencia, por ejemplo, de inmisiones vecinales.

Corresponde agregar que la función social de la propiedad no es una causa de exclusión del carácter antijurídico de los daños que se pueden causar a quien la ocupa. Es notorio que aún ejercitando esos derechos con esa función social pueden irrogarse daños ilícitos, antijurídicos, que deben ser reparados. La función social es un presupuesto más del derecho de propiedad moderno pero no un criterio que dirima la causación de daños lícitos o ilícitos.

Según Juan XXIII, esta función social deriva de la misma naturaleza de la propiedad: "como la propia privada lleva naturalmente intrínseca una función social, por eso quien disfruta de tal derecho debe necesariamente ejercitarlo para beneficio propio y utilidad de los demás" (M.M. 19). Más adelante, el Papa vuelve sobre el tema con el fin de aclarar que no es doctrina nueva, dado que ya "nuestros predecesores han enseñado de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente un función social"; ello deriva del destino universal de todos los bienes y de que, a pesar de que los Estados se preocupen cada vez más de las instituciones públicas, no obstante no puede silenciarse la función social de la propiedad ya que toma su fuerza del propio derecho de propiedad (M.M., 119 a 120).

De lo expuesto se deduce que sobre la propiedad privada se permite el uso pero no el abuso con relación a los bienes que se poseen legítimamente como propios. Constituiría un verdadero abuso que se defendiese el derecho a la propiedad privada en el caso de que alguien careciere de lo necesario para vivir de modo humano, conforme a la dignidad de la persona.

Como se señala en la obra "Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia" (Montevideo, 2005, nº 178, pág. 84), la enseñanza social de la Iglesia exhorta a reconocer la función social de cualquier forma de posesión privada en clara referencia a las exigencias imprescindibles del bien común. **"El hombre no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas sino también como comunes en el sentido de que no le aprovechen a él solamente sino también a los demás."**

El destino universal de los bienes comporta vínculos sobre su uso aparte de los legítimos propietarios. El individuo no puede obrar prescindiendo de los efectos del uso de los propios recursos sino que debe actuar de modo que persiga, además de las ventajas personales



y familiares, también el bien común. De ahí deriva el deber de parte de los propietarios de no tener inoperantes los bienes poseídos, y de destinarlos a la actividad productiva, confiándolos incluso a quien tiene el deseo y la capacidad de hacerlos producir”.

### C) Límites y limitaciones del derecho de propiedad

Lo interesante en la convivencia entre derechos de propietarios próximos, es que no existen reglas absolutas para determinar, en caso de conflicto en su ejercicio, cuál debe priorizarse. Deberá analizarse en cada caso tendiendo a la “armonización” y en la eventualidad podrá priorizarse el derecho del que es afectado o el del que causa un daño si éste es justificado.

La coordinación o armonización, en este caso, deberá operar entre los derechos del ocupante del inmueble del que parte la molestia o inmisión y los derechos de los vecinos afectados. Entran en juego intereses realmente relevantes como, por un lado, el derecho al trabajo, al ejercicio de la actividad empresarial y, por otro, el derecho a la tranquilidad, a la salubridad, el derecho a la privacidad o a preservar cierta calidad de vida.

Para entender el tema en análisis, conviene tener en cuenta que no corresponde confundir límites y limitaciones de la propiedad pese a que el propio Código Civil, en ocasiones, pueda llegar a afectarlas. Como señala AGUSTÍN MACÍAS CASTILLO (*El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, 2004, pág. 147) el límite es inherente a la propiedad, por lo que, en puridad, no implica ninguna restricción o menoscabo de dominio; los límites acotan y definen los contornos del derecho de propiedad configurando su contenido normal. De esta forma, los límites son constantes y afectan a todo propietario por el simple hecho de serlo, no precisando ningún acto constitutivo del mismo. El límite del derecho de propiedad está en que se debe ejercer en forma no abusiva.

**Las limitaciones** han sido tradicionalmente entendidas, desde el derecho romano como perjuicios o restricciones externas con poder dominial fundamentalmente libre. Aparecen como limitaciones, por ejemplo, las servidumbres.

Dentro de las limitaciones a las que es pasible el derecho de propiedad aparecen, además, reguladas en forma expresa, por ejemplo, la obligación que pesa sobre propietario de la construcción ruinosa de ejecutar las obras necesarias que eviten su caída o derrumbamiento. Existen limitaciones concretas, por ejemplo, a partir del artículo

612 del C.C. con relación a la posible transmisión de olores, vapores u otro tipo de inmisiones. En el artículo 619 del C.C. se impone la obligación de recogida de aguas pluviales en el suelo propio. En los artículos 616 y ss. se regula la distancia relativa a luces y vistas; se regula la medianería (artículo 589 y ss. del C.C.).

En este ámbito, corresponde señalar que la interdicción de las inmisiones vecinales no puede considerarse como un límite más al derecho propiedad. La inmisión es autónoma e independiente pese a su inminente proximidad e interacción con el derecho de propiedad. La inmisión es un presupuesto que depende no de la propiedad sino de la vecindad.

#### D) De lo abusivo a lo excesivo

MOSSET ITURRASPE ("El abuso de derecho en las relaciones de vecindad. Los límites en el ejercicio. Los excesos. Las formas administrativas" en *Revista de Derecho de Daño*, 2005/2, Santa Fe, 2005), considera que la responsabilidad por actos abusivos presupone un obrar antijurídico, porque pese a realizarse dentro de los límites objetivos de la propia prerrogativa es irregular y antifuncional, por contrariar los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo o exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En consecuencia, cuando las molestias entre vecinos, sin llegar a ser antijurídicas, se pudieren calificar de agresiones propias del uso en demasía, que excediere las incomodidades ordinarias de la vecindad, teniendo "en cuenta las condiciones del lugar", las "exigencias de la prohibición y el respeto debido al uso regular de la propiedad" como también "la prioridad en el uso", tipifican el denominado "acto excesivo" y la responsabilidad emana de dicho acto excesivo.

El acto excesivo, como ya lo indicara JOSSERAND (*Derecho civil*, n. 1500, Buenos Aires, 1950, n. 309) se presenta bajo un aspecto muy diferente. No es criticable, ni por sí no por los móviles a que obedeció su autor, ni por la finalidad que tiende. Pero causa a otro un perjuicio normal y, por consecuencia, injusto. Es un aspecto muy diferente. Es un acto inesperado, insólito, discordante, que rompe el equilibrio de la situación jurídica de los fundos vecinos; se convierte en generador de responsabilidad por razón del perjuicio extraño e injustificable que causa a terceros y, más precisamente, a los vecinos.

En la relación de vecindad se deben asumir ciertos daños considerados como lícitos pues surgen de una conducta permitida por el ordenamiento jurídico respecto de la cual la norma no considera que el daño sea resarcible en atención a que se protege el derecho del que

ejerce ese perjuicio. Se está ante un caso de daño de menor cuantía que debe ser tolerado, como el precio de la convivencia.

El punto está, como bien lo señala MOSSET ITURRASPE (*ob. cit.*, pág. 51) en **cómo determinar cuál es la normal y/o razonable tolerancia que se debe tener con el vecino.**

Superada la tolerancia, el daño pasa a tener una relevancia peculiar y por tanto pasa a ser resarcible al estar relacionado causalmente con una conducta ilícita.

**Como pautas a considerar** se proponen las siguientes: a) condiciones del lugar; b) exigencias de la producción; c) uso regular de la propiedad; y d) prioridad en el uso.

El autor citado con acierto destaca que la autorización administrativa dictada de conformidad con las reglamentaciones existentes, nacida del ejercicio del poder de policía edilicia, nunca puede tener por consecuencia pronunciar un "bill" de indemnidad a favor del que se ajustó a esas prescripciones.

En definitiva, el derecho de cada uno a conducirse a su arbitrio en su inmueble choca con el derecho de otro a prohibir influencias ajenas a sobre la suya, y de ahí que halla que limitar por un lado la actividad que se puede desarrollar en un fundo y, por otro, la libertad de exclusión o de límites que pretenda imponer el vecino. El gran tema es cómo se armonizan ambos derechos pues, en definitiva, como ya lo dijéramos, no entran en conflicto sino que a la hora de la confrontación uno se priorizará sobre el otro. Así, los derechos del dueño de un inmueble en el que se ejercitan actividades que determinan humos, fluidos u olores, habrá de coordinarse con los derechos de la persona que ocupa el inmueble vecino que recibe la inmisión.

Como bien anota DALMACIO ANDRADA ("Ruidos, humos, olores y otras molestias entre vecinos. ¿Hasta dónde resultan comportamientos lícitos y cuando se vuelven ilícitos?", *Revista de Derecho de Daños*, 2002/2 pág. 83) advierte que, por un lado, están los derechos del titular de la finca a producir o desarrollar una actividad eventualmente lucrativa y, por otro, el derecho a la tranquilidad, a la paz, al sosiego, el derecho al respeto a su domicilio, a la vida privada, a la familia, en definitiva, la tutela de la calidad de vida que involucra la dignidad misma de la persona.

JOSSEAND (*Derecho civil*, Buenos Aires, 1950, n. 309, pág. 124 y ss.), como ya vimos en la Parte I, para explicar este tipo de situaciones llega a **diferenciar lo que es el acto ilícito del abusivo o del excesivo.** En el primer caso se transgrede una disposición legislativa



o reglamentario; en el segundo se transgreden los móviles o los fines que inspiran a la norma y, en el acto excesivo no es criticable ni en sí ni por los móviles a que obedeció su autor, ni por la finalidad a que tiende, pero causa a otro perjuicio anormal y, por consecuencia, incorrecto. Es un aspecto muy diferente. Es un acto inesperado, insólito, discordante, que rompe el equilibrio de la situación jurídica entre vecinos; se convierte en generador de responsabilidad por razón del perjuicio extraño e injustificable que causa a terceros y, más precisamente, a los vecinos.

Según este autor, los actos que excedieran las obligaciones ordinarias de vecindad no podrían considerarse abusivos. No concebía una industria socialmente útil que desarrollara una actividad que pudiera calificar como ilícita. El autor antes citado considera que la inmisión puede configurar un acto ilícito aunque excesivo y estima que en ocasiones puede ser abusiva cuando se verifican los presupuestos que condicionan la admisibilidad de la figura del abuso. No puede existir un cierre apriorístico a la posibilidad de dar entrada, en materia de relaciones vecinales, a la teoría del acto abusivo. De lo expuesto surge que podría diferenciarse dos tipos de inmisiones: aquella que es lícita aunque excesiva y la que es abusiva. Cuando las inmisiones exceden la normal tolerancia y subsisten por las exigencias de la producción o el interés general, no suponen ejercicio abusivo. Deben ser igualmente indemnizadas por razones de equidad.

MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, Santa Fe, 1998, t. II, pág. 287) considera que cuando las molestias, sin llegar a ser antijurídicas, se pudieren calificar de agresiones propias de un uso en demasía, que excediere las incomodidades ordinarias de la vecindad, teniendo en cuenta las condiciones del lugar, las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad, como también la responsabilidad en el uso, tipifican el denominado acto excesivo y la responsabilidad emana de dicho acto excesivo. En definitiva, se está ante daños lícitos que generan obligación de resarcir fundados en la equidad.

## **E) Las perturbaciones (inmisiones) de vecindario**

### *a) Presentación del tema*

En los últimos años, como resultado de un replanteo serio del alcance de los derechos personales, se ha desarrollado con especial ahínco la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones de vecindad. Se parte del presupuesto de que en estos casos no es necesari-





rio calificar conductas culposas sino simplemente la intensidad de la intromisión en relación a la tolerancia debida en cada caso.

La masificación, la industrialización y la urbanización de las relaciones vecinales hacen que aumenten notoriamente los conflictos por las distintas formas de inmisiones, agravándose sus efectos al punto de que algunas de ellas fueron reguladas expresamente, marcándose con mayor precisión los márgenes necesarios de tolerancia que permiten la convivencia humana. Así, por ejemplo, en nuestro país, la ley 17.852 reguló las inmisiones provenientes de la contaminación acústica.

Con la era industrial aparecen casos claros en los que el ejercicio del derecho de propiedad llega a afectar a los vecinos, sea por ruidos, contaminación ambiental generada por olor, humo, cenizas, gases, vapores, polvos, humedades, hollín, chispas, vibraciones...

En esencia, aquí entran en conflicto no derechos sino intereses, y es el derecho el que debe determinar que zona de acción queda reservada a cada sujeto, evitando excesos o abusos en el ejercicio de derechos o situaciones emergentes de la propiedad de uno con relación a la propiedad del otro.

Se debe priorizar en ciertos casos el interés individual sobre el social y en otros a la inversa. En algunos casos es necesario marcar preferencias y en otras marcar límites con los que **tentar una conciliación de intereses en el marco de una tolerancia exigible.**

En el cruce de intereses aparece la protección de la libre empresa; de un medio ambiente sano; la tutela de las fuentes laborales, etc.

En ocasiones, son las normas de derecho administrativo las que salen a regular ciertos límites en lo que se refiere, por ejemplo, a los niveles de contaminación ambiental o, como ya dijéramos, de decibeles de ruido tolerable entre vecinos.

*b) Inmisiones*

**i. Presentación del tema**

Los límites vecinos no están marcados sólo por los límites geográficos o topográficos sino que deben respetarse normas de convivencia propias del derecho de vecindad de las que depende el bienestar humano. Estos límites son inherentes a las formas de dominio que, de no respetarse, pueden suponer abuso de derecho y causar daños resarcibles que se fundan, como vimos, en el

respeto no sólo de la propiedad ajena sino de la salud, impunidad, integridad física y la tutela del medio ambiente.

**Inmisión** es una ingerencia que resulta de la actividad desplegada en el ejercicio de derechos emergentes de ser titular de un inmueble o poseedor y que se concreta en la propagación o introducción natural de sustancias materiales o elementos con fuerzas incorpóreas en otros inmuebles vecinos, interfiriéndose en el goce pacífico y útil del mismo a su propietario o poseedor.

**Las inmisiones, en términos generales se caracterizan por:** a) consistir una injerencia indirecta en la esfera jurídica ajena; b) se originan en el ejercicio de derechos propios de bienes inmuebles, en los que se actúa o se desarrollan determinadas actividades industriales o similares; c) estos efectos se introducen o se proyectan en la finca ajena y repercuten en las personas o en los bienes que forman parte de ella; d) estas situaciones se dan en forma persistente, reiterada, continuada; e) sus efectos se propagan naturalmente; f) la inmisión debe ser actual, o sea, se está produciendo o se ha producido.

**El aspecto más trascendente en el análisis de los abusos que se puedan estar cometiendo con estas inmisiones está determinado por la identificación del necesario nivel de tolerancia exigido pues éste es el que marca los límites entre el ejercicio lícito o abusivo del derecho.**

**Las inmisiones pueden ser directas o indirectas.**

Las directas suponen una intromisión física, ocupación o penetración sobre el predio vecino. La indirecta comienza en el fondo propio y se proyecta sobre el ajeno (causación de olores, ruidos, etc.).

Otros autores, como HIGHTON (*Derechos reales*, Buenos Aires, 1998, t. II, n° 1, pág. 123) refieren a inmisiones materiales e inmateriales.

## ii. Derecho comparado

En el **Código Civil Italiano** de 1942, art. 844, se dispone "El propietario de un fondo no puede impedir las emisiones de humo, calor, olores, ruidos y otras propagaciones semejantes procedentes del fondo vecino, siempre que no superen la normal tolerancia, teniendo en cuenta, además, las condiciones del lugar. En aplicación de esta norma la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Debe tener en cuenta la prioridad de determinado uso".

En el **Código Civil de Québec**, Art. 976, se dispone: “los vecinos deben aceptar los inconvenientes normales de la vecindad que no excedan los límites de la tolerancia que se debe según la naturaleza o la situación de sus fundos, o según los usos locales”.

En el **Código Civil de Portugal**, artículo 1346 se dispone: “El propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, hollín, vapores, olores, calor, fluidos, así como la producción de trepidaciones, y a cualquier otro hecho semejante procedente del predio vecino, siempre que tales hechos importen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan”.

En el parágrafo 906 del **C.C. Alemán**, se dispone: “El propietario de un inmueble no puede prohibir las emisiones de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruidos, vibraciones y otras emisiones parecidas que puedan provenir de otro inmueble, en tanto que la injerencia no afecte al uso de la propiedad o bien solo la afecte de manera no sustancial. De modo general se da una perturbación no sustancial cuando los valores límites o indicativos, previsto en las leyes y reglamentos, no se superen por las injerencias allí previstas”.

*c) Valoración de la “tolerancia exigible”*

VON IHERING (*Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, París, 1893, obra citada por COSSARI, ob. cit., pág. 123), considerado el padre de la “teoría de la normal tolerancia”, con referencia a los actos de propagación sobre la vecindad entiende que son posibles siempre que deriven del uso normal y no excedan de la normal tolerancia.

Al criterio de VON IHERING, la doctrina anexó el **criterio de la razonabilidad** y por ello las inmisiones finalmente se clasifican en:

- I. Las que no exceden la tolerancia y deben soportarse;
- II. Las que exceden la tolerancia sin justificación y con derecho indemnizatorio;
- III. Las que exceden la tolerancia con justificación y sólo deben indemnizar por producción;
- IV. Las que exceden la tolerancia con justificación por prioridad de uso donde no hay resarcibilidad ni posibilidad de hacer cesar la actividad que se desarrolla.

Interesa destacar que la tolerancia exigible marca en ocasiones posibles molestias o incomodidades que deben asumirse como posibles **daños lícitos no resarcibles**. Pasando el nivel de tolerancia se entra en el abuso de derecho y en el daño resarcible.

Puede ocurrir que en ciertas ocasiones se priorice un emprendimiento industrial. Por ejemplo, si a criterio del Estado, el emprendimiento tiene tal relevancia por lo que produce, o por las fuentes laborales. Y si en estos casos se causa daño, el mismo es lícito aun cuando pueda justificar su resarcibilidad .

En ocasiones puede ocurrir que se sobrepase el nivel de tolerancia y que la actividad se mantenga en miras al interés general. Aun en estos casos, que pueden considerarse como conductas lícitas, cierto sector de la doctrina entiende que si se causan daños éstos deben ser resarcidos. O sea, la inmisión, como bien señalara COSSARI (*ob. cit.*, pág. 129), puede ser lícita o ilícita, y aún siendo lícita, en ocasiones puede llegar a justificar su resarcibilidad, debiéndose compensar perjuicios causados en la vecindad. La inmisión tiene significación jurídica diversa según supere o no la tolerancia normal exigible para cada caso. Esta exigencia de la tolerancia normal está indicando a partir de qué momento puede existir un daño relevante y una conducta ilícita. La normal tolerancia es un criterio impuesto por la doctrina especializada; en esencia es un estándar jurídico que exige una valoración en cada caso por el juez que actúa discrecionalmente, con pautas de fundamentación objetivas.

**La valoración de lo normal o anormal** depende de las condiciones del lugar, los efectos realmente causados, de la comparación con actividades similares, entre otros tantos factores de apreciación.

En términos generales, las molestias entre vecinos exigen, **dentro de la normalidad y razonabilidad, tolerancia**. Estas molestias adquieren el carácter de inmisión cuando son constantes, reiteradas y superan los niveles de tolerancia exigibles.

Lo peculiar del caso es que el tema no pasa por prohibiciones o permisiones absolutas en busca de soluciones drásticas sino que se debe buscar respuestas equilibradas, que marquen precisamente hasta dónde se puede ejercer el derecho y dónde pueden comenzar los abusos que deben ser evitados.

Si nos preguntamos si existe una medida exacta de lo que se debe soportar en humo, ruido, olores desagradables etc., la respuesta es obviamente negativa. Las inmisiones comienzan a ser abusivas y dañosas en contemplación de las pautas del orden jurídico vigente y las



circunstancias del caso, de tiempo y lugar, atentos a lo que se entiende razonable dentro de las máximas de la experiencia.

En esencia, se contempla lo que puede tolerar un hombre medio normal. Como se advierte, la valoración es concreta, es relativa según el tipo de persona, el lugar y lo que exige en el caso las tolerancias normales o el régimen jurídico vigente.

**No alcanza con remitirse al prudente arbitrio de los jueces,** debe tratar de establecerse pautas de lo que se considera normal y porqué es normal, lo que se exige tolerar y lo que es abusivo; lo que se limita en su realización.

El uso normal refiere al origen o fuente de la inmisión; o sea, la actividad del inmitente en relación a lo que es su actividad regular. Lo normal depende de la actividad de que se trate y del lugar donde se realiza la actividad. La tolerancia normal se fija en consideración a los efectos en la propiedad o la persona que los padece o a quienes afecta. Debe considerarse la sensibilidad normal. No depende de la sensibilidad de cada uno sino de lo que es una sensibilidad común o normal del hombre medio. Se debe seguir un criterio abstracto y objetivo a partir de cuál es la sensibilidad de la persona normal, no dependiendo de la sensibilidad particular del afectado. En la consideración de la persona normal debemos ponderar caracteres especiales de cada caso. Así, por ejemplo, si la persona está enferma, se considera cuál es la tolerancia normal para una persona en esa situación.

Como bien anota COSSARI (ob. cit., pág. 175), MAZEAUD (*Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960., Parte II vol. 4, pág. 66), dentro de la objetividad no se puede ser indiferente totalmente a las particularidades del afectado.

MOSSET ITURRASPE ("El abuso de derecho en las relaciones de vecindad" en *Revista de Derecho de Daños*, 2005/2, pág. 55), en criterio más amplio, considera que al ponderar daños a la persona el perjuicio difiere con la víctima y no puede prescindirse de ella para calificar lo tolerable. Para este autor, la determinación de lo que es normalmente tolerable, exige ponderar las siguientes pautas:

- i. Condiciones del lugar. Si ya es un barrio industrial tiene características incluso preexistentes propias del lugar; si es un barrio residencial no es lo mismo que una zona comercial, donde normalmente existen más ruidos.
- ii. Se deben contemplar las exigencias de la producción;
- iii. Se debe considerar el uso regular de la propiedad; y

- iv. Se debe considerar si no existe prioridad en el uso; o sea, si el afectado no ingresó en un ámbito territorial donde ya preexistía, por ejemplo, un desarrollo industrial y cierto nivel de molestias generalizadas.

También se ha sostenido que, como en el tema pueden estar involucrados derechos personalísimos, que son esencialmente indisponibles, como son el derecho a la salud y a la integridad psicofísica, ello descarta cualquier grado de tolerabilidad, pues de admitirse se estaría renunciando a derechos que son por naturaleza irrenunciables.

Como destacan BESALÚ PARKINSON ("El daño socialmente tolerable y el medio ambiente", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 1999, nº 2, pág. 51) la tolerabilidad sólo puede referir a perjuicios patrimoniales.

**La transgresión de los límites razonables de tolerancia** puede inducirnos a situaciones de responsabilidad en atención a los daños que con esas inmisiones se puedan estar causando. Desde el punto de vista estrictamente civil, que es el que nos ocupa, estas inmisiones pueden ser determinantes de daños causados con la cosa (el ruido, los olores, los vapores, el hollín...) generando una situación regulada en esencia por el artículo 1324 del C.C. que, como sabemos, establece que "hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio... sino por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado... la responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Para calificar las molestias que se soportan es necesario considerar el lado pasivo del que la padece y el activo del que la causa. Desde el punto de vista del que la soporta se debe exigir una "tolerancia normal" y sólo si ésta se supera debe calificarse el acto como abusivo. Rige el principio de la tolerancia normal a que refiere el derecho comparado cuando alude al tema en forma expresa en disposiciones tales como el artículo 844 del Código Civil Italiano de 1942, o el artículo 684 del C.C. Suizo, o el artículo 2618 del C.C. Argentino modificado por la ley 17.711 de 1968.

Desde el punto de vista activo, se considera que el propietario no es libre de hacer en el predio lo que quiera sino que, si causa afectaciones al vecino sería ilícita su conducta si está ejerciendo sus derechos en forma irracional.



En la ponderación de la tolerancia normal o exigible se encuentra el interés social con el individual. Como destaca ALTERINI ("La seguridad jurídica y la teoría de los costos", *Revista Temas de Derecho Privado*, t. IV, Buenos Aires, 1995, pág. 32), cierto es que la tarea del gobierno se complica con reivindicaciones de la justicia social, pero no menos cierto y grave es que en una sociedad de esclavos, donde la producción es el único problema, los pobres, viejos y niños, queden entonces librados a su suerte.

*d) Caracteres del daño. "La molestia como daño"*

En el Diccionario de la Real Academia Española se define la molestia como perturbación, como falta de comodidad que causa inquietud. Puede aparecer como un grado menos de daño pero daño al fin. La molestia, según el caso, puede adquirir entidad suficiente como para convertirse en daño resarcible por su entidad o por su alcance grupal. Como se vio, estas molestias pueden ser menores y, por tanto, tolerables, o intolerables, configurando un daño resarcible.

Para que estas molestias se conviertan en daño resarcible deben darse distintos requisitos: a) superar la normal tolerancia a criterio del juez que califica el caso según lo razonable y justificado; b) la molestia debe ser externa y determinada por un tercero; c) se debe lesionar un interés jurídico protegido; d) que tanto el que exige la reparación como el que causa el perjuicio sean los legitimados en los derechos que se cruzan; e) esa legitimación dependerá de que daño sea imputable al que determinó el perjuicio, y de que este perjuicio, además, pueda ser probado.

Consideramos que en los artículos 612 y 614 del C.C., al regularse las formas de emulación o de inmisión, está implícita la teoría de la tolerancia. La misma aparece en el artículo 47 de la Constitución cuando, al regular la temática vinculada a la contaminación ambiental, refiere sólo a casos en que se configure "gravedad" en la infracción a que se alude. A este término damos especial relevancia pues es el que nos está indicando que debe existir una determinada paciencia o tolerancia dentro de la cual no hay daño relevante jurídicamente.

La vida en sociedad exige cierta tolerancia que, obviamente, tiene un límite marcado por lo que en el caso se entiende razonable.

La racional y normal tolerancia opera con molestias, no con daños ya configurados. O sea, en este ámbito, antes de llegar al daño se debe ponderar la tolerancia debida o racional en el caso y luego se llega al daño, pero si el daño se configura directamente por su



intensidad o gravedad, no tiene sentido plantear tolerancias. Se está ante una cuestión de hecho que debe considerar el juez dentro de las máximas de la experiencia en consideración de las circunstancias de tiempo y lugar.

**Superada la normal tolerancia entramos en la figura de lo anti-jurídico y de existir un daño cierto, real y probable, debe ser resarcido, al ser calificado como tal.**

En ciertos casos, como los referentes a la protección ambiental es, como veremos, la propia norma constitucional (artículo 47) **la que exige gravedad** y con ello una especial entidad del perjuicio para que sea calificado como daño resarcible, ampliando con ello, de alguna forma, el margen de la tolerancia debida. Esta gravedad debe ser ponderada, como ya se dijera, en atención a las características del lugar, las exigencias de la producción, el uso regular de la propiedad y determinando si en el caso existe alguna prioridad en el uso de un predio sobre el otro.

Corresponde aclarar que la existencia de una **autorización administrativa** para la gestión que está causando la afectación por olores, ruidos, etc., no excluye que se pueda estar actuando con abuso pues, en principio, en el ámbito administrativo las autorizaciones industriales se dan con el presupuesto de que con estas actividades no se causará daños a las personas y que se ejercerán sin abusos dentro de lo racional. De esta forma, la existencia de autorización administrativa a las actividades que puedan generar daños por el ejercicio abusivo del derecho de propiedad no exime de posibles responsabilidades.

#### *e) Legitimados*

Haremos una breve referencia a quienes pueden demandar y ser demandados, tomando como punto de partida los ocupantes de los predios linderos. Se consideran vecinos a los que viven en predios linderos o cercanos, siendo este carácter el determinante de legitimación y no el de ser o no propietario. La legitimación puede ser individual o colectiva, e incluso llegar a **afectar el interés difuso** (artículo 42 del C.G.P.).

Como **legitimados activos** tenemos a los vecinos, o sea, aquellos que son afectados por la inmisión, sean propietarios, usuarios, arrendatarios, poseedores del inmueble vecino sobre el que se proyectan las molestias o perjuicios superando la tolerancia normal. El derecho surge del ser vecino y de la proximidad y no del hecho de ser o no



propietario, razón por la cual se está ante una acción personal y no ante una acción real. Tampoco es necesario ser lindero, pues lo que importa es que la inmisión lo alcance, o sea, que lo que cuenta es la proximidad y no tanto la titularidad.

El **legitimado pasivamente** es el que realiza la acción que causa la molestia, sea que esté actuando como propietario, arrendatario o tenedor. En definitiva, es el que tiene la guarda del bien inmueble del que parten las molestias.

Las inmisiones irregulares o abusivas pueden causar daños morales pues pueden afectar la salud psíquica de la persona. Pueden ser determinantes de situaciones de desasosiego, intranquilidad, sufrimiento, incomodidad, pueden afectar la calidad de vida o la vida de relación, pueden afectar la salud de las personas.

Las consecuencias de este tipo de perjuicios no solamente son resarcitorias sino que, según los casos, pueden determinar que se exija al poder judicial la adopción de medidas tendientes al cese de la actividad que causa la inmisión abusiva, tratando de eliminar o mitigar el daño que se pueda estar causando.

*f) Régimen jurídico vigente*

Con **referencia al régimen jurídico vigente**, son de aplicación no solamente las pautas generales en materia de abuso de derecho que surgen del artículo 1321 de C.C., sino que también en este cuerpo normativo existen otras disposiciones que refieren en concreto a estas situaciones.

En tal sentido podemos tener presente el artículo 612 del C.C. que establece: "Nadie puede construir cerca de una pared, sea o no medianera: pozo, letrina, caballeriza, horno, fogón, artefactos que se muevan por el vapor u otras fábricas de que puedan resultar daños a edificios o heredades vecinas sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos generales o locales o sin construir las obras de resguardo necesarias y con sujeción, en el modo, a todas las condiciones que los mismos reglamentos previenen. Esta prohibición se extiende a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas y de todo lo que pueda dañar la solidez, seguridad y salubridad de los edificios.

A falta de reglamentos generales o locales se recurrirá a juicio pericial".

En el artículo 614 del C.C. se manifiesta "Aunque un árbol esté plantado a la debida distancia, si extiende sus ramas sobre el suelo



ajeno o penetra en él por sus raíces, podrá el propietario del suelo invadido exigir que se corte el excedente de aquellas y éstas, o cortarlo él mismo”.

Como se advierte en esta disposición se refleja un principio general conforme al cual se debe evitar el ejercicio abusivo del derecho de propiedad y de toda aquella actividad de la que se puedan deducir perjuicios injustificados para los vecinos. Si bien la norma se preocupa de los perjuicios patrimoniales, del momento que se tutela el “daño a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios”, no hay la menor duda de que también se protegen los perjuicios a las personas que en ellos puedan estar pues aquí la tutela de los derechos de la persona surge también de los principios generales (artículo 1321 del C.C.) y de la propia Constitución de la República, cuando tutela los derechos inherentes a la persona en los artículos 7, 72 y 332 y siguientes.

El enunciado de causas de inmisión del art. 612 del C.C. no debe considerarse como taxativo. Si bien se alude expresamente a inmisiones como vapores, al superarse situaciones que afecten la seguridad o la salubridad, ello implícitamente refiere a casos de afectación por olores, ruidos, humo, luminosidad, hollín, o situaciones similares que puedan alterar la seguridad o salubridad.

**Desde luego que no cualquier molestia legitima la aplicación de esta norma sino solamente aquella que supere la normal tolerancia, lo razonable.** De ello se deduce que para que se pueda pensar en un daño resarcible, el mismo debe tener entidad para ser calificado como tal por el orden jurídico.

Existen, además, otras disposiciones que refieren a la regulación de este tipo de excesos entre vecinos. En este sentido podemos tener presente, por ejemplo, el artículo 9 lit. B de la ley 10.751 que regula la propiedad horizontal cuando establece que “cada propietario usará de su departamento o piso en forma ordenada. No podrá, por ejemplo, realizar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio”.

“No podrá establecer taller, fábrica, comercio o industria si el edificio se destina a habitación”.

La norma establece que estas provisiones rigen también respecto del arrendatario y demás personas a quienes el propietario concede el uso y goce de su departamento o piso. Corresponde señalar que el factor de atribución de responsabilidad en el caso de inmisiones es

objetivo. La diligencia debida no exime de responsabilidad. En estos casos, a la luz de lo previsto por la normativa referida, alcanza con constatar la existencia del daño y la relación causal entre éste y la actividad que produce la inmisión.

En esta línea, el Art. 33 del decreto ley 14.219 establece como causal de desalojo el hecho de que el inquilino promoviere escándalos u observare una conducta tal que comprometiera gravemente la corrupción de las costumbres o la vida pacífica de la comunidad de inquilinos.

La ley 17.852, que reguló la contaminación acústica tuvo por objeto la prevención, vigilancia y corrección de situaciones de contaminación acústica, con el fin de asegurar la debida protección a la población, otros seres vivos y el ambiente contra la exposición al ruido<sup>26</sup>.

Luego se establece la responsabilidad solidaria de los que causan el ruido, involucrando a los que colaboraron en la comisión de la infracción o la facilitaron de cualquier forma.

g) *Jurisprudencia*

*En la jurisprudencia podemos citar un interesante caso que se difunde en La Justicia Uruguaya (suma 120.056) donde se resuelve la tutela del derecho a la vida privada y a la intimidad con referencia a la situación de ruidos molestos generados por los golpes de pelota en pared medianera provenientes de una cancha. La Sala infiere que seguramente serios trastornos padecieron los actores desde la inauguración de esta cancha de tenis, hasta la clausura provisional por la autoridad municipal. Los pelotazos daban de*

26 En el artículo 8 de este cuerpo normativo, correspondiente al capítulo IV "Niveles sonoros admisibles y prohibiciones", se estableció "queda prohibido emitir ruidos al ambiente, de forma directa o indirecta, por encima de los niveles o en contravención de las condiciones que establezca el Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente".

"No obstante, las autoridades departamentales o locales podrán establecer niveles sonoros o condiciones más restrictivas en el ámbito de su jurisdicción".

En forma concreta se regula la situación del ruido en las actividades sociales (artículo 10), en la difusión publicitaria (artículo 11); en la utilización de vehículos (artículo 12).

Finalmente, y con carácter general, el artículo 13 establece que en caso de actividades extraordinarias que afecten la tranquilidad pública, que emitan ruidos que perturben esta tranquilidad o el orden público, la Policía Nacional o la Prefectura Nacional Naval estarán en la obligación de ejercer acción inmediata para hacer cesar o impedir tales emisiones. Ello sin perjuicio de la imposición de las sanciones administrativas o penales que correspondieren.

lleno contra la pared divisoria. Se afirma que la situación excede en mucho el grado de tolerancia exigible a los habitantes de un núcleo urbano por el hecho de vivir en comunidad. Se configura en el caso una grave versión de derechos primarios, como el de la paz y tranquilidad hogareñas, el del libre uso y goce de la unidad habitacional y el sentimiento de la propia dignidad personal que se traduce en un daño moral de cuantía suficiente como para que nazca el derecho al resarcimiento, que en el caso se evaluó en U\$S 1.500 para cada integrante del núcleo familiar. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, Sentencia 114/99 del 2.VI.99.**

## F) Ejercicio abusivo del derecho ambiental

### a) Presentación del tema

Dentro de lo normal, la vida en sociedad impone ciertos inconvenientes de vecindad que se deben tolerar. **No hay abuso ni responsabilidad por molestias que no excedan la tolerancia normal.** Aquí el gran tema es de coexistencia y equilibrio de derechos, evitando, precisamente, anormalidades o abusos. El derecho de propiedad no es tan absoluto como se le presentó en el Siglo XIX, y la actividad empresarial en cierta medida es beneficiosa para la sociedad y el interés general. Pero esto último no justifica por sí cualquier abuso sino que se debe actuar respetando lo que se ha denominado “**desarrollo sustentable**”.

BESALÚ PARKINSON (“El daño socialmente tolerable y el medio ambiente”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 2, año 1999, pág. 45) con realismo señala que el hombre por el solo hecho de existir, degrada el ambiente, sea por lo que consumo o por los residuos que genera. En el caso el gran dilema está en determinar en qué punto se deja de usar y se pasa a dañar.

Detener el desarrollo económico para proteger el medio ambiente puede llevar a que el remedio sea peor que la enfermedad.

### b) Desarrollo sustentable

Se sostiene que el desarrollo debe ser sustentable, o sea, buscando un equilibrio que pondere la tutela de los valores en juego, o sea, la salud, el medio ambiente, las fuentes de trabajo.

La persona es o debe ser el centro de protección en estos difíciles equilibrios. En este equilibrio se tutela también el futuro de las próximas generaciones.

El llamado a un desarrollo sustentable no es sólo un llamado a la protección del medio ambiente sino la consideración equilibrada de



todos los valores en juego: fuentes de trabajo, tutela de la persona, la libre empresa, la tutela del derecho al a propiedad, etc.

Han proliferado en los últimos años las quejas acerca de molestias que soportan los particulares por la contaminación ambiental a causa de gases, olores, ruidos, polvo, hollín, vapores... derivados de actividades desarrolladas por empresas industriales habilitadas. En la actualidad, se presenta el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado como un derecho de la persona humana del que depende su calidad de vida. Aparece como un derecho subjetivo o interés legítimo a ser tutelado lo que, en nuestro país, cuenta incluso con consagración constitucional (artículo 47). **Se ha consagrado en esencia un derecho humano como derecho personalísimo a un ambiente sano que posibilite una correcta calidad de vida para el desarrollo de la persona en comunidad.**

BUSTAMANTE ALSINA (*Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1995 pág. 48), caracteriza el derecho ambiental como: interdisciplinario, sistemático, supranacional, con especialidad regular y finalista, como preventivo, con regulación técnica rigurosa, con vocación distributiva y en el que debe primar el interés colectivo.

Importa a estos efectos el ejercicio normal o regular que hace el propietario o usuario de bienes inmuebles con respecto al medio ambiente, marcando los límites con lo que pueda significar un ejercicio irregular antifuncional o abusivo.

Como anota MOSSET ITURRASPE ("El abuso en el pensamiento de tres juristas: RISOLÍA, SPOTA Y LLAMBÍAS", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, pág. 163) la violación al medio ambiente puede ser grosera, manifiesta, transgrediendo frontalmente al orden jurídico vigente pero lo más frecuente es la obra sutil, encubierta, disimulada, con apariencia de lo habitual, de lo impuesto por los usos y costumbres.

El hecho de que se concedan autorizaciones para montar una industria no legítima que con ella se dañe al medio ambiente. Sin embargo, se suele deducir de esta habilitación lo que realmente ésta no autoriza, que es la contaminación con la posibilidad de afectar al medio ambiente por lo menos hasta un cierto límite.

En mérito al progreso y desarrollo, en ciertos casos y hasta cierta medida, se admite cierta contaminación a la que se refiere con el denominado "**desarrollo sustentable**".

De lo que se puede abusar, como bien destaca MOSSET ITURRASPE (*ob. cit.*, pág. 166), es de la autorización para operar y es éste el aspect-



to a considerar pues el fin con el que se otorga esta autorización será industrial o comercial, pero no para contaminar. Juega aquí el factor tolerancia y su ponderación dentro de lo que en el caso se estime regular, normal, o irregular y anormal.

Adviértase que lo que prohíbe el artículo 47 de la Constitución son actos de contaminación, destrucción o depredación graves, lo que implica una cierta tolerancia por lo que no es grave. El abuso de derecho aparece como la doctrina que supera y abarca la denominada doctrina de la emulación o inmisión. En el derecho ambiental es sustancial, entonces, determinar límites de tolerancia o de normalidad o anormalidad del uso. Sólo el uso normal del derecho es protegido por el ordenamiento jurídico.

**Consideramos que normas como el artículo 47 de la Constitución, 611 y 614 del C.C., deben sistematizarse pues el Código Civil trata sin duda también temas ambientales.** Podrá sostenerse sí que el derecho civil no protege al medio ambiente en sí mismo sino a las personas que sufren daños por los perjuicios ambientales, pero lo cierto es que involucra al derecho civil por el perjuicio que se pueda causar al medio ambiente con daños resarcibles y, además, con los daños a las personas, lo que indirectamente supone proteger al medio ambiente como interés general.

Como bien señalara COSSARI (*ob. cit.*, pág. 73) **las normas del Código Civil se deben interpretar en clave ambiental, o sea, el alcance del art. 612 de nuestro Código Civil se debe proyectar en su sistematización con el art. 47 de la Constitución.**

En nuestra opinión, lo que se debe considerar es el uso normal del derecho, lo que supone un uso racional dentro de los parámetros de lo que implica actuar de buena fe.

Para HERNÁNDEZ GIL (*Las relaciones de vecindad*, Madrid, 1985 pág. 60), el abuso es exceso y éste tiene como medida la normalidad, y, agregamos nosotros, lo razonable. En estos casos se suelen enfrentar intereses que no pueden ser descuidados por el orden jurídico. Por lado está el interés de la economía y del país en el desarrollo económico y social de las empresas; la protección de las fuentes de trabajo; por otro, el cuidado del medio ambiente. Ello exige ponderar cada caso con atención y ver qué es lo que realmente se debe priorizar cuando confluyen distintos intereses que pueden estar poniendo en juego la tutela de la calidad de vida de los ciudadanos.

¿Puede permitirse la actividad industrial y ordenar luego reparar los daños que ésta cause? ¿Puede en estas circunstancias hacerse



cesar esta actividad? ¿Puede en estos casos considerarse abusivo el resultado de una actividad lícita y condenar a reparar los daños y perjuicios causados?

Aquí puede incidir más que la ilicitud del acto, la injusticia del perjuicio que debe sufrir el afectado por esta actividad. De aquí la importancia de ponderar la ilicitud título desde dos puntos de vista: a) cuando se actúa contra ius, transgrediendo normas; y b) cuando se actúa sine ius o non iure, causando daños no justificados con relación al afectado.

BUSTAMANTE ALSINA (*Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1995, pág. 45) señala que el daño ambiental es una expresión ambivalente pues designa no sólo el daño que recae sobre el patrimonio ambiental, que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de "impacto ambiental", sino que refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote, a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extramatrimonial que se le ha causado. Como bien anota MOSSET ITURRASPE (*Cómo contratar en una economía de mercado*, Santa Fe, 1996, pág. 144) el daño ambiental no es un daño común por su difícil, compleja y ardua comprobación, atendiendo a la circunstancia de que en muchas ocasiones es despersonalizado o anónimo y suele ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas, desconocidas por las víctimas. Al mismo tiempo que alcanza a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, suele ser cierto o grave para el ambiente o alguno de sus componentes, pero ser considerado despreciable o sin relevancia o significación, o no tenerlo en la actualidad respecto de las personas individualmente consideradas. Además, el daño ambiental en ocasiones aparece con un carácter difuso.

La contaminación puede ser itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tiene límites geográficos ni físicos, y en ocasiones ni temporales ni personales.

Acierta CABANILLAS SÁNCHEZ (*La reparación de los daños al medio ambiente*, Madrid, 1996 pág. 108), cuando afirma que toda relación de vecindad afectada por contaminación ambiental que excede los índices de la normal tolerancia esconde un manifiesto abuso de derecho. Puede ocurrir que el abuso de derecho se ponga en evidencia por causar situaciones de peligro o riesgo inminente. Las situaciones de contaminación pueden crear situaciones de peligro grave que aún

no se traducen en daños, poniendo, por ejemplo, en peligro la salud de las personas, de los animales, etc.

### G) Jurisprudencia

1. *En cuanto al fondo, el Tribunal comparte en lo sustancial lo alegado por el recurrente, estimando que debe acogerse la reclamación por daños y perjuicios. Como señala el apelante, si bien todos los condóminos tienen derecho a usar la cosa común, ello siempre que no se impida el uso y goce por otros titulares. Y el hecho de que en la cosa común tenga su hogar uno de los condóminos no puede hacer que los otros pierdan sus derechos.*

*En consecuencia, la actitud del demandado de no permitir al demandante el uso de la cosa común fue ilícita, generando la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados.*

*La cuestión de si la disposición aplicable es el Art. 1319 del C.C. o la si la situación encuadra más precisamente en el 1321 de dicho código al regular el abuso de derecho es irrelevante en razón del principio "iura novit curia". Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, sentencia de 9 de abril de 1984, L.J.U., t. 95, caso 10.795.*

~

2. *Referente al abuso o exceso del uso del derecho es de señalar que el ejercicio de un derecho no crea por sí responsabilidad pero tal principio cede cuando se comete una falta de contravención o ilícito o "se sale en cualquier línea de los límites de lo ordinario o de lo lícito" (Gamarra, Tratado, t. XIX, pág. 205), o cuando se incurre en culpa, pero corresponde ser muy cuidadoso en esto pues, como regla, no hay abuso en obtener todas las ventajas que el derecho apareja en cuanto se realiza un acto habitual, ordinario o común que le atañe aunque de ello –por ejemplo– deriven inconvenientes al previo vecino como si se "obstruye con construcciones la vista de que disfrutaba la vivienda vecina (Ripert - Boulanger, Tratado t. VI, pág. 326 n° 2683). En sentido similar Mazeaud (Lecciones, t. II, vol. 2 pág. 59 y ss.), quien al desarrollar el tema y en él la noción de "intromisión" o perturbación de vecindad, recuerda lo que respecto exponía claramente Pothier: "las leyes de buena vecindad me impiden hacer que pase de mi heredar a la de mi vecino lo que pueda perjudicarle; pero no impiden privarle de una comodidad que él obtenía de mi heredad. Por ejemplo, si la heredad vecina conseguía luces desde mi finca, puedo, levantando un edificio sobre mi heredad, privar a la heredad vecina de las luces que había tenido hasta entonces". Así, entonces, concluye Mazeaud afirmada por el espíritu más claro, esa será la distinción que, un siglo después, hará la jurisprudencia. La noción de exceso, en definitiva, presupone la idea de límites y, de tal modo, "el uso resulta excesivo*



cuando desborda ciertos márgenes dentro de los cuales debió permanecer circunscripto", delimitación que quedará sujeta a la valoración crítica del juez, en tanto el Art. 1321 consagra una norma en blanco.

Trayendo tales nociones al sublite, parece legítimo el ejercicio que de su derecho hizo el demandado al levantar un edificio propio, que incuestionablemente significó un uso contenido en los límites normales, ordinarios y lícitos del mismo. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, sentencia 11 de junio de 1984, L.J.U., t. 89 caso 10.268**

~

3. No media abuso de derecho cuando éste no es ejercido en forma antijurídica. El levantar un edificio que priva o disminuye la luz o vista es insuficiente para fundar una declaración de abuso de derecho.

Las leyes de buena vecindad no impiden que se prive al vecino de las luces que recibía, o de la vista y no hay abuso de derecho por obstruirlas, por lo que no existe responsabilidad por daños y perjuicios.

Quienes idearon y ejecutaron el plan constructivo de un edificio, primero construido, debieron prever que en el predio lindero se levantaría también un edificio, con el riesgo cierto de sufrir el perjuicio de verse privado de luz y vista. El aprovechamiento no crea derecho alguno oponible al propietario vecino, ni impone a éste obligación de no innovar, o de mantener libre la superficie necesaria para mantener aquella visión.

No se vulnera tampoco el derecho de servidumbre, cuando existen aberturas en pared privativa de un edificio que no es divisoria y menos medianera.

Las leyes de buena vecindad me impiden hacer que pase de mi heredad a la de mi vecino lo que pueda perjudicarlo; pero no me impide privarle de una comodidad que él obtenía de mi heredad. Por ejemplo, si heredad vecina obtenía luces de mi finca, puedo, levantando un edificio sobre mi heredad privar a la heredad vecina de las luces que había que había tenido hasta entonces.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia de 11 de julio de 1984, L. J. U., t. 89 caso 10.262.**

## H) Ejercicio abusivo del derecho de copropiedad

### a) Presentación del tema

La copropiedad o el condominio es, como anota JOSSEAND (ob. cit., pág. 39), el ejemplo más típico de la adaptación de un interés legítimo a un interés colectivo o social. La cosa que pertenece a varias personas con o sin división, puede ser utilizada por cada uno pero a

condición de que se respete un destino común establecido por la ley, por convenio o por reglamento.

Así, por ejemplo, un patio común puede utilizarse para recibir aire, luz, pero no para guardar desechos contaminantes, o para que un solo condómino pretenda usarlo para guardar sus cosas únicamente. Si así ocurre, se estaría desviando el verdadero destino o fin de la cosa común. Se estaría actuando con un fin egoísta, propio, individual, diferente al interés colectivo y legítimo y, en definitiva, se incurriría en abuso de derecho.

*b) La propiedad horizontal y el abuso de derecho*

DIEZ PICAZO - DIJON (*Sistema de derecho civil*, Madrid, 1997. t. III, pág. 246) sostiene que las relaciones de vecindad entre condóminos es uno de los temas más relevantes de la propiedad horizontal. A través de inmisiones causadas por ruidos, olores... puede estarse ejerciendo abusivamente el derecho de convivencia entre condóminos.

La normativa es clara en el tema, que complementan los artículos 612 del C.C. y el art. 9 de la ley 10.751, en cuanto dichas normas prevén qué es lo que ocurre cuando se producen inmisiones entre vecinos.

**El centro del problema está en determinar en qué momento las inmisiones superan la tolerancia debida.**

FLAH ("Las relaciones de vecindad en el régimen de propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002/2, pág. 162 y 163), destaca que el límite de tolerancia en estos casos se debe exigir con mayor estrictez que en otros debido a la mayor inmediatez que existe entre este tipo de vecinos. Es necesario considerar qué es lo que el reglamento permite y qué no. Éste permite ciertas actividades, marca el destino a dar a los inmuebles, establece si se puede o no tener perros u otros animales, que no se pueden realizar actividades inmorales.

La convivencia en la propiedad horizontal está regida, como bien lo señala AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*ob. cit.*, pág. 263) por el reglamento de copropiedad y administración. El punto central a resolver pasa por determinar si, en ocasiones, el cumplimiento estricto de las disposiciones de estos reglamentos puede o no ser abusivo. El tema ha suscitado diversidad de opiniones: por un lado, están quienes entienden que el reglamento de propiedad horizontal debe ser acatado por la necesidad de preservar la pacífica convivencia de los comuneros, la cual se tornaría intolerable si cada cual decidiera a su

arbitrio lo que le placiera. En este sentido, las cláusulas referentes al destino a dar a los apartamentos; a cómo deben ser usados los espacios comunes; a la prohibición de tener animales, etc.

En su origen, la ley 10.751 (artículo 9) establece el deber de actuar entre vecinos en forma ordenada. No puede, por ejemplo, ejecutarse acto alguno que perturbe la tranquilidad, seguridad o salubridad de los demás propietarios (lit. B).

Esta norma se relaciona, como ya dijimos, en parte con el artículo 612 del C.C. donde se limitan las actividades que pueden afectar la solidez, seguridad, salubridad de los predios vecinos. En estos reglamentos de copropiedad se debe actuar con especial equilibrio, evitando abusos y partiendo de que en ciertos aspectos debe regir la normal tolerancia dentro de lo razonable. El ejercicio excesivo del derecho como condómino en un bien de propiedad horizontal, en la medida en que afecte, por ejemplo, la tranquilidad o la salubridad, superando la tolerancia normal, se debe resarcir.

No interesa que no exista intención, o aún cuando falta negligencia, pues son actos que se deben contemplar objetivamente con posibilidad de calificarse de abusivos.

La vida en el condominio tiene mayor índice de conflictividad por la coexistencia cercana de titulares de derechos, adquiriendo especial relevancia el ejercicio del deber de tolerancia dentro de los límites razonables que permiten una convivencia pacífica.

Cuando se actúa con exceso o con abuso y se causa un daño, se abre la línea de responsabilidad que se debe encarar generalmente desde la órbita contractual pues el ejercicio abusivo se suele apartar de deberes estatutarios (reglamento de copropiedad).

Los excesos pueden cometerse desde la propiedad exclusiva a la vecindad o en ámbitos de uso común.

#### **I) Ejercicio del derecho de propiedad en interés general**

En ocasiones podemos constatar la existencia de un posible abuso en el ejercicio del derecho de propiedad que queda moderado por el interés general. Así, ciertos desarrollos industriales que involucran al interés o del Estado, pueden derivar en ciertos daños. Por lo que se produce, o por las fuentes de trabajo, puede suceder que ciertas inmisiones puedan estar justificadas en la tutela del interés general.

En ciertos Códigos Civiles, como el Brasileño de 2002 (artículo 1271) prevén que esto puede ocurrir, en cuyo caso se deberá indemnizar al vecino o al afectado a pesar de que el daño sea lícito. En estos

casos, como bien indica COSSARI (*ob. cit.*, pág. 210), se debe tratar de buscar alternativas que, por un lado, no afecten el emprendimiento y, por otro, que se asuman las consecuencias del daño causado.

No menos relevante es la **invocación de una prioridad** en el ejercicio del derecho que se entiende abusivo cuando el eventual afectado accede al lugar donde ya existía lo que se invoca como inmisión. Para ciertos autores, como MESSINEO (*Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1971, t. IV, pág. 304) se deben respetar las prioridades en el sentido de que si la persona se aloja en el lugar conociendo la situación existente, luego no puede pretender que cese una actividad industrial preexistente.

La prioridad de uso tampoco justifica que se ejerza abusivamente el derecho y se causen daños sobrepasando la limitación impuesta por las ordenanzas administrativas.

Pensamos que, en todo caso, se debe priorizar la salud de las personas que puedan verse afectadas.

#### J) Abuso de derecho de la propiedad por omisión

En ocasiones es posible incurrir en abuso por no asumir conductas que si bien se tiene el derecho de no realizar, ello se puede traducir en perjuicios injustos para terceros. Así, por ejemplo, el titular de un predio por el que pasa un riachuelo del que dependen las plantaciones de los vecinos omite cuidarlo y realiza obras de las que se deriva una contaminación o inundaciones de predios vecinos. ¿Puede incurrirse en abuso de derecho por no realizar trabajos que impidan daños a los vecinos? Si el propietario sin interés serio, sin gastos relevantes, no hace las obras sabiendo que daña a los vecinos, puede incurrir en abuso de derecho al no evitar daños que se pudieron y debieron evitar.

#### K) Abuso de derecho y usufructo

A la figura del abuso de derecho, el Código Civil alude no sólo en el ámbito de la responsabilidad civil sino que al regular el usufructo prevé especialmente la posibilidad de su existencia, al señalar textualmente: "Artículo 540: el usufructo no se extingue por el mal uso que el usuario haga de las cosas, **pero si el abuso es grave (art. 1319)** el propietario puede pedir que se le ponga en posesión de los bienes, obligándose bajo la fianza a pagar periódicamente al usufructuario el producto líquido de los mismos por el tiempo que dure el usufructo y deducido honorario de administración que el juez señale".



Se ve aquí como el abuso de derecho tiene presencia no solamente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sino que proyecta sus efectos en temas puntuales como el que refiere la limitación en el ejercicio tanto del derecho a la propiedad como del usufructo.

## 2. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A CONTRATAR<sup>27</sup>

### A) Presentación del tema

El derecho de contratar de raigambre constitucional (artículo 36) se sustenta en conductas ordenadas del inicio hasta el fin de la relación por el principio general y fundamental de la buena fe. Para calificar la conducta contractual al perfeccionar, ejecutar o extinguir el contrato se hace necesario tener en cuenta el alcance del deber de proceder de buena fe en cada circunstancia concreta. El cumplir o no cumplir; el poder extinguir o no... tanto por parte del acreedor como del deudor, depende de lo que en el caso indiquen las exigencias de buena fe como uno de los aspectos fundamentales.

JOSSERAND (*El espíritu de los derechos y su relatividad*, México, 1946, pág. 103), sostiene que en el derecho de los contratos se constata una nueva dimensión de la teoría del abuso del derecho pues con su aplicación se limitan prerrogativas que en un tiempo se presentaron o pretendieron como absolutas sin serlo realmente.

El derecho a contratar tiene un fin que no puede dejarse de lado y que sólo su contemplación justifica el reconocimiento del ejercicio de este derecho. Este fin está en el logro de la distribución de intereses en forma equilibrada, actuando de buena fe, en parámetros de razonabilidad y justicia. El contrato debe prepararse, celebrarse, interpretarse, ejecutarse y terminarse, en términos de JOSSERAND, en una "atmósfera saludable y no viciada".

Así como el derecho de propiedad y todos los derechos no pueden convertirse en instrumentos de fraude o abuso, tampoco el derecho de contratar se puede ejercer en forma abusiva o violenta. El abuso en el derecho de contratar se puede constatar en distintas etapas de la vida del contrato:

#### a) *Abuso de derecho en el período precontractual*

En esta etapa se debe actuar con particular cuidado, en primer lugar, de no explotar la posición dominante, tanto económica como social,

27 Para el estudio de las generalidades del tema nos remitimos a la obra *Desequilibrio en los contratos (Privados-Públicos)*, Montevideo, 2008, pág. 407 y ss.



de la que se puede disponer, y emplearla para la imposición de cláusulas esencialmente abusivas que demuestran la explotación del fuerte sobre el débil. A este tema en particular nos dedicamos en el numeral...

**Además, es importante respetar el derecho de no contratar.** ¿Es posible abusar de este derecho? Lo concreto es que si no hay libertad de contratar, el anti-principio es ilícito o nulo.

Ocurre que en ocasiones el derecho de no contratar no existe pues se entiende como una medida que puede afectar la libre competencia en el mercado. Así, el proveedor de electricidad no puede decir que existiendo este elemento, no lo comercializa. El que goza de un monopolio no puede escoger a los clientes, lo que debe actuar en forma racional y equilibrada. Si no se contrata debe existir un motivo legítimo pues, de lo contrario, se puede estar actuando en forma abusiva. Para clarificar podemos tomar otro ejemplo, que sería el de quien no contrata porque la contraparte no le cae simpática por su ideología política, por su raza, por su sexo, por razones laborales, etc.

Específicamente en la ley 18.159, que regula la protección y defensa de la competencia, **se considera como práctica prohibida por abusiva: "Art. 4 lit. i. Rechazar injustificadamente la venta de bienes o prestaciones de servicios"**.

Además, como lo indicáramos al inicio, el que contrata puede incurrir en abuso cuando recurre a la forma de contratación por adhesión. No se pueden usar estas circunstancias de relacionamiento contractual –donde aparece quien pre-formula un contrato y otro que simplemente adhiere, sin posibilidades de tratativas– para imponer condiciones abusivas. En todo caso, se debe actuar dentro de ciertos límites, respetando la buena fe, el deber de lealtad; de lo contrario, se puede estar ejerciendo este derecho en forma abusiva.

Además, quien por ejemplo, genera ofertas poco claras, incompletas, vagas, imprecisas, que pueden inducir en error al consumidor, está ejerciendo el derecho de propuesta en forma abusiva, lo que determinará, en la eventualidad, que el contrato también sea abusivo.

Al estudio del abuso de derecho en la instancia precontractual volveremos en la Parte III, N° 3: "Abuso del derecho de retracto precontractual".

*b) Abuso en la ejecución del contrato*

Otra forma de abusar del contrato se da cuando el deudor orienta el contrato de forma que se perjudique injustamente a los acree-



dores, actuando en forma abusiva o fraudulenta. Se abusa a través de maniobras fraudulentas consistentes en esconder patrimonio, insolventar artificialmente la empresa en estos casos la maniobra de fraude pone en evidencia el ejercicio abusivo del derecho de contratar.

El fraude pauliano, regulado en nuestros arts. 1296 del C.C. y 296 del C.Co., en términos de JOSSERAND (ob. cit., pág. 123), evidencian en sí mismos una de las formas de incurrir en abuso de derecho en el ámbito contractual<sup>28</sup>.

Se enfrenta el derecho a la libre administración de los bienes y el derecho de los acreedores a tener como respaldo el patrimonio del deudor (art. 2372 del C.C.).

Si en el ejercicio del primer derecho se busca eludir o defraudar a los acreedores, se actúa con abuso.

*c) Abuso en la disolución o extinción contractual*

El contrato se puede extinguir por diversas razones: por incumplimiento, por acuerdo de partes, por imposibilidad de pago, por nulidad (art. 1447 del C.C.), entre otros.

En principio el contrato no puede depender de una sola voluntad en lo que refiere a la extinción del vínculo obligacional. En este aspecto, el art. 1253 del C.C. establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". El deudor o el acreedor, por principio, no pueden evadirse unilateralmente de sus obligaciones. Pero puede ocurrir que, por ley o por acuerdo de partes, se haya regulado la facultad de rescisión unilateral con posibilidad de que sea extinguido por este camino el vínculo obligacional.

Este derecho de rescisión unilateral no puede ser ejercido en forma abusiva. A este tema dedicamos especial atención en la Parte II Sección I, n. 5.

**B) La cláusula abusiva**

*a) Presentación del tema*

Uno de los aspectos en los que se destaca la figura del abuso de derecho en los contratos es, precisamente, el que refiere a la posible abusividad de sus cláusulas.

28 Ver ORDOQUI CASTILLA, *Acción Pauliana*, Montevideo, 1995.



En otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2001, pág. 22) sustentamos la tesis de la autonomía del derecho el consumo sobre la idea de que cuenta con normas y principios propios dentro de los que se destacaron: el principio de la protección al consumidor (o de tutela de su vulnerabilidad); de la confianza; de seguridad; de transparencia; de la buena fe contractual, y también destacamos el principio del equilibrio contractual del momento que la norma tutela expresamente la conmutatividad no sólo estructural sino funcional al regular, precisamente, las cláusulas abusivas tendiendo a que las prestaciones sean equilibradas en la distribución de derechos y obligaciones y entre riesgos y beneficios.

La lucha concreta por evitar la abusividad en las cláusulas contractuales comenzó con el derecho el consumo (Ley 17.250) y siguió en el ámbito empresarial con la ley de la regulación de la libre competencia (Ley 18.159). Se busca en definitiva, proteger al débil, al sometido o al que no puede más que confiar en el otro. No se admiten los desequilibrios reales y se deja de lado los «equilibrios formales» para considerar el contenido cierto del contrato. La protección del débil o del sometido no es un privilegio exclusivo del derecho del consumo pues el que se ve privado de poder negociador y necesita negociar, debe en todo caso ser protegido.

#### b) Terminología

En el año 1948 MESSINEO (*Ob. cit.* pág. 445) sostuvo que las cláusulas a que alude el artículo 1341 del Código Civil italiano deben denominarse «vejatorias» o de sometimiento porque están dirigidas a mantener a la contraparte en situación de inferioridad jurídica. Este término tuvo su acogida en la doctrina utilizándolo entre otros, por ejemplo AULETA («Le clausule vessatorie nella giurisprudenza» en la obra de BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1984, t. I, pág. 15).

Cuando el contrato tiene «cláusulas leoninas» o abusivas se le denomina «contrato de agarrotamiento» o de «mordaza» o de «sujeción». En definitiva, la presencia de cláusulas abusivas o leoninas también termina por calificar al mismo contrato con las denominaciones que refiriéramos. Otros proponen referirse concretamente en estos casos a «cláusulas abusivas» queriendo aludir al hecho de que la cláusula es excesivamente onerosa e importa una injustificada imposición del fuerte sobre el débil.

REZZONICO (*Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, 1975, N° 155, pág. 242) señala que es lógico que en la relación contractual existan ciertas diferencias de circunstancias entre las partes



pero es muy diferente «cuando las diferencias alcanzan a tal grado, que el interesado pierde casi completamente la autonomía negocial y, en cierta medida, se incapacita y por ello se convierte en un débil instrumento económico de otro».

A los efectos de nuestro análisis utilizamos el término de clásico de «cláusulas contractuales abusivas» para indicar precisamente aquella parte del contrato que se caracteriza por imponer, sin una justa causa, condiciones que benefician en forma clara e injustificada a uno de los contratantes en perjuicio del otro, confirmando un acto abusivo que se traduce en un apartamiento de las pautas emergentes: del deber de actuar de buena fe; de lo que exige el orden público (económico); la moral; las buenas costumbres y la equidad.

Más allá de estas precisiones terminológicas, importa sí diferenciar el alcance que en este tema tiene la denominación de condiciones generales, cláusulas predisuestas y cláusula abusiva.

Condiciones generales, alude a una pre-redacción impuesta en una generalidad de casos en forma abstracta.

Cláusulas predisuestas, refiere a cláusulas también pre-redactadas pero impuestas por una parte sobre la otra en forma concreta.

Cláusulas abusivas, son las que en estos casos pueden producir importantes y significativos desequilibrios en las prestaciones, de forma que una de las partes accede a ventajas excesivas apartadas de lo que supuso un proceder de buena fe.

*c) Concepto*

Dejando al margen los aspectos terminológicos, pues para unos, son «cláusulas vejatorias», mientras que para otros, son «cláusulas leoninas», autores como BRICKS (*Les clauses abusives*, París, 1982) las definen como las cláusulas que entrañan una ventaja exclusiva en beneficio del empresario, marcando un claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, en los contratos por adhesión concluidos entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre-redactado por el primero.

RUBEN STIGLITZ («Contratación privada y protección al consumidor»; en la obra *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, 1994, pág. 199) sostuvo que la definición de las denominadas cláusulas abusivas puede partir de distintos criterios:

- a) la falta de negociación por las partes;
- b) que la cláusula le sea presentada pre-redactada sin posibilidades de negociar;

- c) que su contenido resulte en infracción a las exigencias de la buena fe;
- d) que cause un desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes en el contrato lo que se traduce en un perjuicio o detrimento para la parte.

Particular importancia damos a la definición que surge de la Directiva de la Comunidad Europea 93/13 de 5 de abril de 1993, donde por primera vez se analiza el tema en profundidad y en forma orgánica para toda la Comunidad Europea.

La trascendencia de esta Directiva está en que concentra la problemática que sobre el tema se trató de regular en Directivas anteriores, relativa a contratos bancarios (154/92), contratos de intermediación financiera (1/91), créditos al consumo (142/92), contratos de turismo (314/90), etc. Pero, además, esta Directiva no fue orientada sólo para la tutela de los consumidores, sino para el derecho contractual europeo con carácter general (GHESTIN - MARCHESSEAU, «L'applicazione in Francia della Direttiva rivolta ad eliminare clausole abusive» en la obra *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, dirigida por ALPA - PATTI, Milano, 1996, pág. 56).

En el art. 3º de esta Directiva se da una definición, señalándose que **«las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas, si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»**

**Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre el contenido, en particular en el caso de los contratos por adhesión».**

Con particular acierto, en el art. 4º de la Directiva se establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que se dependa.

Como criterio para ponderar la abusividad de una cláusula en los contratos por adhesión (ALPA, *ob. cit.*, pág. 168) se propone contemplar el respeto al orden público y las buenas costumbres. Ha-



cer aparecer una cláusula «en blanco» podría configurar, desde este punto de vista, una cláusula abusiva.

Desde otro punto de vista, la abusividad puede venir dada en atención al contenido, suponiendo en esencia una infracción al actuar de buena fe.

La abusividad puede constatarse en el desequilibrio relevante en la distribución de derechos y obligaciones de las partes.

En términos generales, hay cláusulas abusivas cuando se constatan desequilibrios injustificados en el contenido las prestaciones, resultado de la imposición del fuerte sobre el débil, que evidencian la existencia de abusos en el poder o en el derecho de contratar.

La cláusula abusiva tiene un precedente casi causal y necesario que es la existencia de una parte con poder económico o jurídico capaz de permitirle una imposición. Ésta causa, como consecuencia, la existencia de prestaciones desequilibradas o portadoras de beneficios excesivos e injustificados sólo para una de las partes.

Esta falta de poder negociador es propia del contrato por adhesión y de allí la explicación de que generalmente aparezcan en este tipo de contratos. Pero, por cierto, esta abusividad de las cláusulas puede, como ya se dijera, detectarse en cualquier tipo de contrato.

**Las cláusulas abusivas presuponen el ejercicio abusivo del derecho de contratar que, apartándose de las exigencias de la buena fe, imponen pautas que determinan claros e injustificados desequilibrios jurídicos o económicos en los contratos.** Generalmente ocurre en aquellos que no fueron debidamente negociados, lo que afecta a uno de los contrayentes que se encontraba en posición vulnerable.

A partir de la falta de equilibrio en que se encuentran las partes se llega a la ausencia de una correcta distribución de los derechos, obligaciones, beneficios, riesgos, deberes y poderes, donde se destaca la preeminencia de una parte con facultades y beneficios extraordinarios, ante la otra especialmente vulnerable con la que no existió realmente negociación, información, colaboración, la que resulta claramente afectada.

Así, el equilibrio prestacional (jurídico y económico); «la transgresión del deber de actuar de buena fe»; la desigualdad existente entre las partes; la ausencia de negociación o de información; el daño actual o potencial a la parte débil o vulnerable... son indicios de la presencia de desequilibrios por abusividad. Además, los desequilibrios significativos entre las prestaciones ponen en evidencia la falta

de equidad o de la necesaria proporcionalidad que debe existir en la distribución de beneficios gravámenes

Decimos indicios pues no se deben encarar como criterios absolutos dado que: 1) las cláusulas en sí aisladamente no son abusivas sino que ello depende de todo el contrato globalmente considerado; 2) la ausencia o existencia de negociación, por sí sola, no determina ni elimina la existencia de abusividad. Pueden existir cláusulas abusivas en contratos negociados.

El C<sup>o</sup>de de la Consommation francés, art. 132, prevé la posibilidad de cláusulas abusivas tanto en los negocios predispuestos como en los negociados. **No toda cláusula, por estar en un contrato de adhesión, es de por sí abusiva o ilícita.**

Corresponde agregar que lo injustificado del desequilibrio en las cláusulas parte de que las mismas no fueron negociadas y de allí y que se refiera a cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Lo relevante para la determinación de la importancia de los desequilibrios en las cláusulas no está tanto en que exista un contrato por adhesión sino en que la cláusula no haya sido objeto de negociación individual; si hubo una verdadera, real y transparente negociación o aceptación real de las cláusulas, nos alejamos de la posible abusividad.

En definitiva debemos **evitar ciertos preceptos y generalizaciones** que pueden llevarnos a error pues:

- a) no todo contrato predispuesto o por adhesión tiene necesariamente cláusulas abusivas.
- b) todo contrato es posible de tener este tipo de cláusulas aunque cierto es que la predisposición genera un campo fértil para la imposición de cláusulas abusivas. Lo relevante no es tanto la masificación sino la debilidad con que se concurre al contrato. Es precisamente esta desigualdad o falta de poder negociador lo que se deben tutelar por parte del Estado.

*d) Cláusulas abusivas e ilicitud*

Toda cláusula, en la medida en que es calificada de abusiva, es de por sí ilícita. Lo abusivo implica la transgresión a una conducta debida y puede operar como factor de atribución de responsabilidad cuando se relaciona causalmente con un daño

Puede haber cláusulas ilícitas que no sean abusivas, pero toda cláusula abusiva es ilícita. Con el contrato se pueden transgredir normas o apartarse de los principios generales e incurrir en ilicitud. Para



que haya ilicitud alcanza con actuar sin derecho pero para que haya cláusulas abusivas se comienza por el ejercicio de un derecho subjetivo.

Recordamos que ilicitud es algo más que ilegalidad o transgresión de la ley. Es apartamiento del orden jurídico integrado por la ley, por los principios generales del derecho (como el de la buena fe), por los usos, el orden público, las buenas costumbres

*e) Derecho positivo*

En el mismo Código Civil existen disposiciones que refieren en forma implícita al abuso del derecho al contratar. En este sentido podemos tener presente el artículo 1253 del C.C. cuando dispone que la validez o el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contrayentes (en este mismo sentido podemos tener presente el artículo 1413 del C.C.). También podemos tener presente los artículos 8, 16, sobre la vigencia de los principios generales; el art. 1291 inc. 2º, que se remite a la vigencia del principio de la buena fe; el art. 1304 que refiere a la tutela contra la conducta de quien utiliza o se vale de cláusulas ambiguas.

En el ámbito del derecho del consumo, el art. 30 de la ley 17.250 define lo que debe entenderse por cláusula abusiva: «es abusiva... toda cláusula que determine **claros e injustificados desequilibrios entre derechos y obligaciones de los contratantes**, en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Este criterio para la determinación de una cláusula abusiva lo consideramos además como reflejo de lo que realmente es **doctrina más recibida** (art. 16 del C.C. y 332 de la Constitución) aplicable no sólo en los contratos propios de una relación de consumo sino, con carácter general, en todo tipo de contrato privado o público.

**La existencia de claros e injustificados desequilibrios entre derechos y obligaciones no es admisible en ningún contrato y el apartamiento del proceder de buena fe, tampoco es admisible en ningún contrato.**

Comenzamos por destacar que por razones de técnica legislativa se destinaron dos normas a la regulación de las cláusulas abusivas.



En la primera, que es el art. 30, lo que se hace básicamente es definir la cláusula abusiva; en el art. 31 lo que se hace es enunciar algunos casos, no taxativos, de lo que se consideran cláusulas abusivas en la ley de relaciones de consumo, norma ésta que se debe interpretar íntimamente relacionada con la anterior pues presupone en el enunciado que se hayan dado las exigencias.

Corresponde tener muy en cuenta que además no son estas las únicas normas que refiere a cláusulas abusivas en nuestro derecho.

Se debe tener presente, además, que en la ley 18.159 en el art. 4 lit. a) se «prohíben acuerdos» y el abuso de la posición dominante de los agentes económicos que distorsionen el mercado y lleven a imponer precios de compra o venta, u otras condiciones de transacción, de manera abusiva para los consumidores» .

Veremos cómo el concepto de abuso gira en torno al concepto de buena fe, el cual en todo su esplendor se proyecta como principio general en la fundamentación, interpretación, integración, ejecución y limitación en el ejercicio de los derechos.

Si bien el artículo 30 de la ley de relaciones de consumo tiene formalmente un alcance limitado a las relaciones de consumo, nada impide considerar sus criterios como reflejo de la doctrina más recibida en el ámbito general del derecho privado (artículo 16 del C.C.) y proyectar, inclusive por analogía, los criterios de abusividad que, si bien se regulan para las relaciones de consumo, también son plenamente vigentes en aplicación de los principios generales para la contratación en general.

Como la regulación expresa de las cláusulas abusivas se da en la ley de relaciones de consumo, Capítulo X titulado "Contratos por Adhesión", podría pensarse que el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas es solo éste pero tal razonamiento, desde nuestro punto de vista, sería un error.



### C) Modalidades de abusividad: formal y sustancial

#### a) *Presentación del tema*

En el ámbito de las relaciones de consumo a nivel internacional se controla los abusos por medio de cláusulas contractuales desde diversos puntos de vista:

#### **i. Según que el contrato se haya o no formalizado por escrito**

Si no se formalizó el contrato por escrito, lo que se califican son conductas y las apariencias que crearon confianza legítima, por

ejemplo, en la forma de presentar la publicidad del producto o del servicio. Dado que la publicidad integra el contrato y en éste se debe poder confiar, lo que se protege aquí es la buena fe que respalda la creencia en una apariencia legítima y razonable.

**ii. Existiendo el contrato escrito es posible ponderar posibles abusos en los aspectos formales o sustanciales: sea por su falta de claridad o transparencia (abusividad formal), o bien o por su contenido (abusividad sustancial)**

Las exigencias formales que comienzan por la exigencia de una información adecuada (clara veraz completa, oportuna) y una presentación correcta de lo acordado que también debe ser clara, completa, inteligible, y entre ambos aspectos se tiende a proteger la libertad del adherente y su decisión libre y consciente

La ponderación de estas exigencias se hace a partir de lo que es una persona de conocimientos regulares medios, que actúa razonablemente.

Centramos en esta instancia la atención sobre la forma de abusividad por falta de claridad o transparencia.

Uno de los principios derivados de lo que supone la contratación de buena fe está en el deber de transparencia en la forma de escribir, expresarse o actuar. Junto al deber de información completa, veraz, oportuna, está el que esta información sea clara y comprensible pues sólo así es posible una aceptación o consentimiento con conocimiento. Se está no sólo ante un concepto sino ante una exigencia de la expresión de la voluntad y de la declaración al contratar. Como bien anota DI GIOVANI (*Le regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*; Torino, 1998, pág. 4) lo importante es no sólo que se está ante un nuevo deber de conducta entre las partes sino que su transgresión puede tener incidencia en la existencia de abusividad o desequilibrios entre las prestaciones.

**iii. La abusividad y la forma de contratación por adhesión**

En la práctica comercial diaria, las cláusulas abusivas suelen tener mayor presencia en los contratos por adhesión fruto de la contratación masiva y realizados entre partes con desigualdad de poder, existiendo una verdadera relación de imposición, resultado de la ausencia de negociaciones, lo que se traduce en cláusulas predispuestas. Pre-establecer unilateralmente cláusulas se presta para abusos ante la ausencia de controversia o negociación. Ello

permite imponer una distribución desequilibrada de derechos y obligaciones o de beneficios y sacrificios. La respuesta a la tendencia a la imposición de obligaciones desequilibrada a través de cláusulas contractuales (por adhesión) fue dada, según FINLANGER (*L'équilibre contractuell*, París, 2002, pág. 94) con el principio del equilibrio contractual basado en la buena fe que integra la nueva teoría general del contrato, donde la noción de justicia simboliza al derecho y complementa lo acordado por las partes sin sustituir a éstas ni a la norma (ver ORDOQUI CASTILLA, *Des-equilibrio en los contratos*, Montevideo, 2008).

Con frecuencia se presenta la cláusula abusiva relacionada con una forma de contratar que es la de adhesión, o sea, cuando se parte de una preformulación unilateral, de carácter general y abstracto, que se impone a los adherentes, presentándose este acuerdo como una forma de contratación inevitable o necesaria. Estas circunstancias determinan que sea más sencillo imponer cláusulas con un contenido desequilibrado o injustamente abusivo, que parten de lo que en el caso supone el respeto del principio de la buena fe y del que exige no proceder en forma abusiva.

Sin entrar aquí a desarrollar toda la doctrina de los contratos por adhesión (ver sobre el particular, ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, pág. 179 y ss.) vemos que los mismos, más que estar fundados en un consentimiento ficticio o tácito, en definitiva se basan en la tutela de la confianza del que adhiere o de la protección de la expectativa razonable que se le creó al adherente que confía en el equilibrio del contrato al que adhiere.

BALLESTEROS GARRIDO (*Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Madrid, 1999, pág. 36) advierte que la forma de contratación por adhesión se usa no sólo para agilizar las operaciones, para lograr mayor eficiencia, para reducir costos, sino para asegurarse una posición de prevalencia en los acuerdos, beneficiando exclusivamente al predisponente a través de la imposición de prestaciones desequilibradas e injustas.

El uso de la contratación por adhesión supone riesgos y beneficios, estando su actividad condicionada a los controles de que no sean usados para imponer beneficios abusivos en perjuicio del deudor.





*b) Abusividad formal: la transparencia o la claridad se han vuelto un requisito de forma para los contratos*

### **I. Presentación del tema**

Podemos pensar que sólo rige este requisito para los contratos de consumo pues es a esto a lo que refiere el Art. 30 de la ley 17.250 de relaciones de consumo, pero no podemos admitir sin más que en los demás contratos tutelados por el deber de actuar de buena fe se pueda actuar al margen de lo claro y transparente, máxime cuando tenemos disposiciones que establecen claramente que en caso de oscuridad en la redacción, el contrato se debe interpretar en contra del que lo redactó (Art. 1304 del C.C.).

Todo contrato debe ser redactado en forma clara y transparente y no sólo algunos porque así lo diga la norma con más precisión. La exigencia de transparencia no es una mera expresión descriptiva sino una regla de conducta a seguir de cuyo respeto depende que lo consentido sea realmente lo querido.

Respecto de su naturaleza, la doctrina la ha presentado como "una carga", o sea, un imperativo del propio interés de cargo del profesional (ROPPA, *Ob. cit.*, pág. 564) sin configurar un requisito de forma. Pensamos que se está ante un deber con consecuencias claras establecidas por ley 17250, en el sentido de que puede ser determinante de la nulidad al igual que los vicios de forma.

Nos preguntamos si el requisito de la transparencia rige sólo para los contratos de consumo y la respuesta que damos a este interrogante es negativa pues, precisamente, como rige el Principio de la Buena Fe, de él ha derivado el denominado Principio de la Transparencia en la contratación, que es de vigencia general.

Para nosotros, lo derivado de la buena fe es de orden público y por tanto si se transgrede notoriamente la transparencia en un contrato, el mismo puede llegar a ser nulo.

### **II. Principio de la transparencia**

#### *i. Presentación del tema*

Existen ciertas exigencias formales en la redacción de las formas de contrato de adhesión que se destacan en prácticamente todas las legislaciones al respecto que son las que se refieren a la exigencia de información debida y que esta se canalice en forma transparente y clara.

La abusividad formal se produce por el apartamiento del principio de la transparencia, que exige claridad, concreción, sencillez



y comprensión en la redacción. De la falta de transparencia o claridad se puede derivar una forma independiente de calificación de la cláusula como abusiva.

El que pre-redacta un contrato tiene el deber de claridad, y si lo que se redacta no es claro, el contrato se interpretará en su contra, existiendo aquí un claro principio de equilibrio contractual. Transparencia es claridad de lectura y de entendimiento o de cognoscibilidad. Se debe evitar textos incompletos; con remisiones a temas inaccesibles; con tecnicismos ininteligibles para quienes cuentan con un conocimiento normal.

El principio de la transparencia en la contratación es un derivado del principio de actuar de buena fe y con él se busca la protección del libre consentimiento pues no puede haber aceptación real donde no existe conocimiento. La vigencia del principio de la transparencia respalda la existencia de otro principio sustancial que es el de la autorresponsabilidad (ver ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos*, ob. cit., pág. 127 y ss.).

#### *ii. Valoración de la falta de transparencia*

PERTINEZ VILCHEZ (*Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, pág. 42) considera que se debe partir de la base de que el adherente o el contratante tiene un nivel normal o medio de conocimientos y sobre ello debe ser valorada la posibilidad de comprensión.

La exigencia de transparencia opera no sólo sobre la claridad o el tamaño de la letra sino sobre el nivel técnico de la terminología utilizada. La ley 17.250 da a la exigencia de transparencia especial destaque en los artículos 6 lit. C, 13, 29 y 30.

**La falta de transparencia o claridad lleva no sólo a una eventual nulidad de las cláusulas (art. 31 in fine) sino a asumir la abusividad en los precios (artículo 30) lo que, por cierto, es de particular importancia porque nos acerca a la figura de la lesión.** En esta norma se establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dicha cláusula se redacte de manera clara y comprensible". Lo que está claro es que de la claridad o transparencia y de lo comprensible de la cláusula, puede depender que un precio sea considerado o no abusivo en el ámbito de las relaciones de consumo.



La exigencia de claridad, de uso del idioma español, de caracteres visibles o legibles, son aspectos claros por los que se tiende a proteger la libertad del consumidor a la hora de tomar sus decisiones contractuales. El deber de proceder con transparencia deriva de la buena fe contractual

Pensamos, además, que para hablar de abusividad por falta de claridad, lo primero que debe quedar claro es, precisamente, la falta de claridad, siendo ésta causante de la incomprensión del contrato, considerando lo que en el caso sería el actuar diligente del hombre (contratante) medio en forma objetiva y abstracta.

La falta de claridad puede estar marcada por la dificultad de acceder a todo o parte del documento, por la falta de claridad, comprensión o concreción tanto de cómo se rescinde como de lo que se escribe.

Claridad alude a la presentación visual de las condiciones generales, o sea, al formato que asume al recabarse la adhesión. Si la letra es diminuta configura una verdadera telaraña jurídica, como se le ha denominado, y el texto se torna ininteligible o ilegible. La falta de claridad puede estar determinada además por el color de la tinta usado o la falta de fijador que determina que la fotocopia se borre.

Comprensión refiere a la exigencia de que pueda ser entendida y que no sea redactada en base a términos técnicos que sólo especialistas pueden comprender. Además, la norma exige que la redacción sea en idioma español (Art. 29).

El texto debe estar completo sin remisiones a otros documentos que no se poseen.

Concreción exige que la relación no sea tan general o ambigua que la vuelva confusa sin que pueda conocerse el significado cierto de la cláusula.

### **III. Comentarios del Art. 30 de la ley 17.250. y consecuencias de la abusividad formal**

Pasando al análisis del art. 30 de la Ley 17.250, podemos comenzar por señalar que el texto establece dos formas de abusividad: por el contenido de la cláusula o por su forma. Con ello se quiere señalar que un texto redactado en letra chica, ilegible, oscura, puede derivar, dejando de lado el análisis de su contenido, en la existencia de una cláusula abusiva La norma con claridad esta-

blece: "Es abusiva por su contenido o por su forma, toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios".

O sea, un defecto en la forma por falta de transparencia determina la abusividad de la cláusula y con ello un cuestionamiento de validez. La falta de claridad no es un índice de desequilibrio sino de abusividad directa. La exigibilidad de transparencia busca brindar la posibilidad de acceder correctamente a la información para luego poder de alguna forma sostener que se pudo acceder a esta y no se hizo por negligencia o propia culpa.

Este razonamiento en la practica si bien puede ser parte del fundamento de esta exigencia lo cierto es que se aleja de la realidad en una forma de contratación "automatizada" en la que ni siquiera existe lectura de lo que se firma por una razón de rapidez o aun de confianza que, como vimos, viene a ser el fundamento del vínculo.

El tema de la abusividad formal está referido directamente en el art. 30: «es abusiva... por su forma... siempre que dichas cláusulas (no) se redacten de manera clara y comprensible». También en el art. 29 se exige que las cláusulas en los contratos por adhesión se redacten «en idioma español en términos claros, y con caracteres fácilmente legibles de modo tal que faciliten la comprensión del consumidor».

Esta forma de abusividad no es más que una protección del deber de informar con claridad a que aluden los Arts. 6 lit. c) y 13.

Esta forma de abusividad no alude al contenido del contrato.

El problema se enfrenta cuando debe determinarse cuáles son las consecuencias de las transgresiones de estas normas.

La falta de claridad en principio determina que el contrato se interprete en contra del que lo redacta (Art. 1304 del CC) pero además según el Art. 30 ello es determinante de la falta de validez. Así, la falta de claridad referida en el art. 30 nos lleva a la posible nulidad de la cláusula (art. 31 in fine) pues termina por afectar un elemento constitutivo del acto que es la misma voluntad.

La falta de claridad, podría también según el art. 29, llevarnos, según el caso, a aplicar el art. 32 de la ley 17.250, pues se estaría transgrediendo el deber de informar con claridad. La diferencia está en que en este caso la consecuencia no es la nulidad sino la reparación de daños precontractuales.

La norma debió haber señalado con claridad que la abusividad por el contenido o por la materia es la que justifica la posible



nulidad de la cláusula, y la abusividad formal puede llevar a las consecuencias propias de un incumplimiento. Siguiendo un orden lógico y dentro de lo razonable para ponderar las consecuencias de la falta de transparencia debemos en primer lugar determinar sobre que es que recae la falta de transparencia.

Si, como anota GIOVANNI (*La regola de trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino 1998, pág. 101), la falta de transparencia afecta a una cláusula esencial (uno de los elementos esenciales en las prestaciones de cambio) como puede ser el precio que no queda claro cuál es, o cómo se calcula, ello afecta una cláusula esencial del contrato y la propia sobrevivencia del acuerdo, pudiendo determinar su nulidad. La falta de transparencia hace en realidad "presumir" la abusividad (*Ob. cit.*, pág. 92). Luego debemos pasar a los aspectos sustanciales afectados en la eventualidad. Esta distinción no la hizo el legislador, y no puede hacerla el intérprete. En la práctica, la abusividad formal una vez calificada como tal por el juez debe, además, cumplir con las exigencias sustanciales que existan.

c) *Abusividad sustancial*

### **I. Presentación del tema**

La determinación de la abusividad es en el decir de VETTORI (*Codice del consumo*, Milano, 2007, pág. 337) un proceso circular o pues comienza primero con calificar si la abusividad en cuestión está dentro de los casos tipificados o referidos por la norma y luego se analiza en el caso concreto si esa situación es abusiva. O sea, se pasa por una calificación genérica y otra concreta o estática y formal y material o real.

Veamos un ejemplo. El contrato puede tener regulado sólo en favor de una parte el derecho de receso. Si se considera en forma abstracta puede verse como una renuncia de un derecho del consumidor o un beneficio indebido. No alcanza con esto. Debemos ver cómo se ejercita, si es que se ejercita, el derecho, para determinar si se hace en forma abusiva por no responder a un fin justificado.

En el ámbito del derecho comparado se siguieron diversos criterios de calificación de la abusividad en las cláusulas:

En el Código Civil Italiano de 1942 (Arts. 1341, 1342) la calificación de la abusividad depende sólo de la correspondencia de lo escrito en la cláusula con la previsión del texto legal.

En la legislación alemana no alcanzaba con la correspondencia a un enunciado legal sino que se debió causar un daño apartándose de lo que supuso un proceder de buena fe. En otros sistemas, como el brasilero (ley federal 8078), se presenta un enunciado con presunción de abusividad (*iure et de iure*). Las prohibiciones en abstracto de cláusulas que se consideran abusivas no configuran por sí abusividad: debe ponderarse el caso en concreto. No alcanza con la antijuridicidad formal sino que es necesario la ponderación de la antijuridicidad material o real en el caso concreto.

La norma, en el Art. 31 marca un enunciado no taxativo de casos de abusividad y en el Art. 30 marca las pautas concretas a considerar en cada caso para establecer cuáles son los criterios a seguir para determinar la existencia de abusividad sustancial en las cláusulas, estableciéndose dos pautas concretas a las que aludiremos seguidamente.

## II. Criterios de determinación de la abusividad sustancial: existencia de claros, significativos e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor

### *i. Presentación del tema*

Como bien anota FINLANGER (ob. cit., pág. 134) el principio del equilibrio contractual aparece hoy como un instrumento de conocimiento y comprensión de la teoría del contrato que posibilita establecer su alcance. A través de él se proyecta una visión más justa y solidaria del contrato, respaldando su presencia al estar fundada en la buena fe contractual.

GUAL ACOSTA (ob. cit., pág. 332) destaca que **el principio del equilibrio contractual** se deduce de la vigencia de los valores tales como la justicia que vela por el equilibrio de las prestaciones y la buena fe como conducta debida. El código civil está estructurado sobre la idea de que la libertad contractual permita el control y el equilibrio contractual. Las reglas sobre la regulación de los vicios de la voluntad, en definitiva, como advierte FINLANGER (ob. cit., pág. 250-255), son una forma indirecta de tutelar el equilibrio contractual.

ALPA, PATTI (*Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, T. I, Milano, 1997, Pág. 8) señala que el concepto de significativo desequilibrio es una noción de carácter general con contenido

indeterminado donde el juez queda facultado a ponderar la posibilidad de que la cláusula sea abusiva en función de criterios que la norma no le marca con precisión.

Queda claro que no se puede imponer a la contraparte cualquier derecho u obligación, aunque la posición de dominio lo permita sino que debe existir un equilibrio prestacional y cuando éste se altera, debe ser en forma evidente.

En el derecho comparado se utiliza este criterio del desequilibrio contractual para identificar la abusividad de la cláusula, exigiéndose que el mismo sea significativo, usando diversidad de términos similares. Así, en el Art. 132.1 del *Côte de la Consommation* Francés, se alude a importante, en la ley alemana de 1996 se le califica como sustancial y no justificado, en la Directiva de la CEE 93/13 y Art. 51 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño, se usa el término excesivo (similar al utilizado en el art. 321 del C.C.).

Se imponen pautas de equilibrio porque se protege claramente a la parte más débil o vulnerable, que puede ser afectada por el ejercicio abusivo de la libertad contractual. A través de normas de orden público (de protección) se trata de proteger a la parte débil en el contrato.

El equilibrio de los contratos suele estar custodiado por la libertad de los contratantes y por la aplicación del principio de la buena fe y del abuso de derecho.

#### *ii. Requisitos*

El desequilibrio debe reunir los siguientes requisitos:

- debe ser **apreciado en el conjunto** del contrato globalmente;
- debe ser **claro**, importante, notorio o significativo;

No se persigue una igualdad absoluta entre las prestaciones sino un equilibrio razonable, que sea compatible con los principios de la buena fe.

El desequilibrio cuando se produce debe ser notorio comparado con lo que es una negociación normal en el tipo de circunstancias de tiempo y lugar que correspondan.

Este desequilibrio importante es de ponderación objetiva sin importar, por ejemplo, la falta de intencionalidad.

- **debe perjudicar al consumidor o usuario.** El poder económico se usa para imponerse a la otra parte con cláusulas de



exoneración de responsabilidad, inversiones de la carga de la prueba. Todo lo que se traduce en perjuicios para la parte débil.

Este es un aspecto sobre el que poco se ha reflexionado pero pone la figura del daño en la determinación de la abusividad para que ésta adquiriera relevancia.

- debe **ponderarse al origen del contrato** o en el momento del perfeccionamiento.
- debe **ser injustificado**, o sea, que la diferencia en la distribución de derechos y obligaciones carezca de razón o de causa o de contrapartida. El desequilibrio está justificado si es propio del alea del contrato de que se trata.

Pensamos que a la hora de considerar la posible existencia de abusividad en una determinada cláusula debemos ponderar sus causas y sus consecuencias:

- a) como **causas**, analizar objetivamente si existió predisposición unilateral e imposición y, subjetivamente, si existió mala fe o intención de obtener un beneficio injustificado.
- b) como **consecuencia**, determinar si objetivamente si existen los desequilibrios y si en el total de lo acordado son injustificados y se traducen en un perjuicio o desventaja notoria para la parte.

El balance de estos requisitos será determinante de la posible calificación de una cláusula como abusiva.

### *iii. Apreciación del desequilibrio*

La apreciación de los desequilibrios injustificados es algo discrecional, lo que no quiere decir arbitrario sino, por el contrario, debe ser una calificación fundada y razonada. En términos de VERRI (*ob. cit.*, pág. 232) la generalidad de estos términos lleva a la prudente discrecionalidad del juez en la determinación de qué es "significativo" consideradas las circunstancias del caso y lo razonable para el caso según las máximas de la experiencia. Por regla estos desequilibrios se originan en la existencia de una diferencia importante de poder económico o de dependencia económica.

Aquel principio de que las prestaciones, por entenderse libremente contraídas «se consideran equivalentes» (art. 1250 del C.C.), queda de lado ante la norma que para las relaciones de





consumo regula «el equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones».

El control de las cláusulas abusivas es el reflejo del pasaje de un derecho «ciego» a un derecho más próximo a las realidades, más «justo».

En otro orden, para determinar que hay un desequilibrio, primero hay que tener claro qué es lo que suponía en el caso un contrato equilibrado. Así, al igual que lo que sucede cuando para ponderar la culpa se utiliza un criterio abstracto, comparando la conducta debida con la realmente realizada, aquí también se debe en forma «abstracta» partir del criterio de lo que sería en el caso un contrato equilibrado, para poder luego destacar en dónde se encuentran los desequilibrios. Este enfoque es de utilidad, además, para marcar el camino que debe seguir el juez cuando es llamado a integrar parcialmente el contrato por la nulidad de alguna de sus cláusulas por abusividad (art. 31 in fine de la ley 17.250).

En esta temática, antes de pasar a los criterios para calificar la abusividad formal, debemos ser cuidadosos en contemplar la tensión debida entre el casuismo y la abstracción. Lo concreto es que el enunciado de situaciones de abusividad de la cláusula 31 es un planteo abstracto, que debe considerarse en cada caso concreto para determinar si realmente existió abusividad.

Precisamente, la reciente ley española 44/06 de 29 de diciembre de 2006, referente a mejoras en la protección de consumidores y usuarios proporcionó distintos criterios en la apreciación in concreto de la abusividad de las cláusulas. La nómina de cláusulas consideradas por la ley como abusivas implica una consideración en contratos aun no celebrados. Esta es la abusividad in abstracto, diferente de la abusividad in concreto, que parte del análisis del contrato en particular y en forma global. En su interpretación no se debe olvidar que en caso de duda se debe interpretar contra el que redactó.

La ley referida apunta a regular ciertos aspectos concretos de la abusividad, como ser el establecer plazos de duración excesivos u obstaculizar el derecho de poner fin a los contratos por parte del consumidor.

En síntesis las principales pautas de ponderación de lo que supone un desequilibrio en el contrato parten de: a) apreciación in concreto del caso en particular, sin estar a las meras calificacio-

nes genéricas de las denominadas listas negras de las que generalmente suelen ser cláusulas abusivas.

b) se deben considerar las circunstancias del caso en particular y el contenido global del contrato en todas sus cláusulas.

c) es un índice en esta ponderación la consideración de si existieron o no tratativas o negociaciones previas.

d) pautas marcadas por la ilógica, la razonabilidad o las máximas de la experiencia.

e) proyecciones que son consecuencia de lo acordado, que se traducen en pérdidas de beneficios o ventajas.

f) apartamiento del derecho dispositivo vigente sin justa causa.

#### *iv. Naturaleza del desequilibrio*

Respecto a la naturaleza del desequilibrio debe quedar muy claro que el legislador, en principio, no alude a un equilibrio económico, sino a un **equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones** en las prestaciones debidas por las partes o sea a un desequilibrio normativo o jurídico. No se desea "en principio" interferir en la ecuación económica del contrato pues se trata de preservar el libre mercado y la libre concurrencia con ausencia de todo a forma de intervención en los precios como criterio rector.

Ello no obstante, autores como VETTORI (*ob. cit.* pág. 233) con acierto aclaran que la distribución de derechos y obligaciones no es algo abstracto ajeno en sí a una significación económica. La distribución de derechos y obligaciones se suele traducir en un costo y suele tener un significado económico. Con sólo tener presente la relación calidad/precio podemos advertir cómo la distribución de derechos y obligaciones sobre la calidad de determinado producto tiene necesariamente una significación económica.

Otros autores (ALPA - PATTI, *ob. cit.*, pág. 87) en lugar de poner la tónica en las diferencias de distribución de derechos y obligaciones apuntan a la desproporción significativa en la distribución de riesgos.

No son correctas apreciaciones como las que hace GAMARRA (*Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, 2006, pág. 379) cuando señala que el equilibrio económico es una zona vedada a los actuales poderes del juez sobre las cláusulas abusivas. Para el autor, la abusividad sólo se puede juzgar respecto al equilibrio normativo jurídico o formal.



Esto no es así pues la norma con claridad ordena que **la relevancia de los desequilibrios económicos dependerá de la falta de claridad o comprensión**. El Art. 30, como dijimos, establece la abusividad en las cláusulas referidas a la distribución de derechos y obligaciones pero "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

No podemos decir que sólo son relevantes los desequilibrios formales cuando la mera falta de claridad o transparencia, por cierto tan frecuente en los contratos por adhesión, nos permite el acceso al control de los desequilibrios económicos injustificados y significativos. En realidad, el control de equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones conforma una aplicación del «principio del equilibrio contractual» que, como vimos, es esencial al Derecho del Consumo y marca pautas de su autonomía<sup>29</sup>.

#### *v. Caracteres del desequilibrio*

El desequilibrio prestacional para tener relevancia a los efectos de evidenciar abuso en sus cláusulas, debe no estar justificado y ser claro.

#### *vi. Falta de Justificación*

No todo desequilibrio es injustificado y contrario a la buena fe. Para que éste sea relevante debe ser contrario a lo que implica actuar de buena fe. Si el desequilibrio es justificado, se actúa de buena fe y no hay abusividad. Además, ciertos desequilibrios pueden estar dentro de lo que es el alea normal del contrato y carecer de significación a estos efectos, no causándole al consumidor perjuicios de significación.

La norma regula cómo debe ser este desequilibrio entre derechos y obligaciones, señalando que debe ser claro e injustificado.

La falta de justificación se constata con claridad cuando, por ejemplo, el contrato prevé derechos y beneficios para una sola de las partes quedando la otra en desventaja sin ninguna explicación, afectándose sin motivo la proporcionalidad natural en la distribución de beneficios y gravámenes que evidencia en cada contrato el derecho dispositivo vigente. Se debe considerar no las cláusulas aisladas sino en el inter-relacionamiento de presta-

29 Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, Desequilibrio en los contratos, ob. cit., pág. 132.



ciones, de forma de considerar si los beneficios o los gravámenes son correlativos (en contratos conmutativos).

Cada cláusula tiene un significado y una consecuencia práctico. Lo que se debe considerar es si las consecuencias (beneficios y gravámenes) de las partes tienen una razón de ser en la existencia de un correlativo o no lo tienen.

El desequilibrio puede ser justificado cuando existe una causa o explicación de porqué a una parte se le dieron más beneficios que a la otra, acorde al contrato que se realiza.

Como bien anota TROVATORE («La definizione atipica della clausole abusive tra contratto giudiziale e trattativa individuale» en Rivista Trim. de Diritto e Procedura Civile, 1997, pág. 975), la cláusula no puede ser declarada judicialmente abusiva si el desequilibrio que la caracteriza se justifica según la buena fe o con el contenido de todo el resto del contrato.

### *vii. Claridad del desequilibrio*

#### **i. Generalidades**

El desequilibrio es claro cuando supera las variaciones normales del alea propio del contrato y se encuentra de lo que es un negocio razonable. No cualquier desequilibrio tiene relevancia a los efectos de la abusividad. La referencia a que el desequilibrio debe ser claro se interpreta como «importante», de forma que la abusividad no se produce por cualquier desequilibrio contractual, sino que debe ser importante o trascendente en el tipo de contrato de que se trate.

El desequilibrio claro es el significativo, o sea, el que tiene una entidad cualitativa o cuantitativa fácilmente constatable en lo que supuso una distribución anormal del derechos y obligaciones o de beneficios y sacrificios. El desequilibrio normativo puede reflejarse en un desequilibrio económico, pero no todo desequilibrio económico importa un desequilibrio normativo.

El desequilibrio debe ser manifiesto, importante y notorio, ajeno a lo que es normal en el tipo de contrato en cuestión. El equilibrio exige correlatividad o proporcionalidad entre derechos y obligaciones o beneficios y sacrificios.

#### **ii. Ponderación de la claridad**

La claridad del desequilibrio la advertimos cuando vemos que la distribución de derechos y obligaciones es desproporcionada o



sea no hay relación entre lo que se da y lo que se recibe. Operan en este ámbito los criterios de razonabilidad y de racionalidad para ponderar debidamente estos desequilibrios o falta de razonabilidad.

En otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio de los contratos*, Montevideo, 2008, pág. 155), referíamos al hecho de que en la actualidad se hace referencia a la existencia de un verdadero principio de **razonabilidad** considerando razonable y por tanto exigible lo que toda persona actuando de buena fe que se hallare en la misma situación de la parte considere como tal en consideración de la naturaleza del contrato las circunstancias del caso y los usos y prácticas vigentes.

Se debe actuar con particular cuidado en la ponderación de los abusos pues esta en juego la seguridad jurídica.

De lo expuesto se deduce que para ponderar los desequilibrios hay que contemplar todo el contenido del contrato.

Debemos aclarar que estos caracteres de claridad y la injustificación rigen para los supuestos del art. 31, que fueron casos particulares de abusividad en las cláusulas con un enunciado no taxativo.

Esto quiere decir que los casos del art. 31 pueden configurar cláusulas abusivas cuando no sean justificados y sean importantes.

Se debe actuar con cuidado a la hora de interpretar los enunciados de las cláusulas abusivas pues no pueden ponderarse en forma aislada sino dentro del contexto o la globalidad del contrato aisladas pueden ser abusivas pero sistematizada puede ser equilibrada o justificada. Ej. Cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad cuando se denuncia y acuerda que el bien que se transfiere esta usado o afectado. Además, según surge con claridad de la norma, la falta de claridad puede determinar no sólo la abusividad formal sino que se admita la abusividad en los precios.

La importancia del significado del desequilibrio en las cláusulas o su claridad se pondera en la relación de beneficios, perjuicios, provechos y sacrificios que se pondera en consideración de un criterio de equivalencia o reciprocidad proporcional y global.

La noción de «**significativo desequilibrio**» o de «**claros e injustificados desequilibrios**» (art. 30), como lo destaca VETTORI (*Codice del consumo*, Milano, 2007, pág. 232) significa desigualdad o



desventajas excesivas para una de las partes que se traduce en un abuso de dependencia económica (en este mismo sentido PINTO, "L'abuso e dependencia economica "fuori del contratto tra diritto civile e diritto antitrust" en *Rivista di Diritto Civile*, Año 2000, pág. 394)

No es simple determinar la calificación del significativo desequilibrio pues para ello, como bien anota ROPPO (*ob. cit.*, pág. 554), se debe tener en cuenta primero, qué es lo equilibrado y ello en materia de distribución de derechos y obligaciones puede apreciarse en los contratos típicos pero no es tan simple en los atípicos que carecen de regulación dispositiva.

Similar complejidad tenemos en los contratos gratuitos en los que no existe correlatividad de prestaciones para calificar este posible desequilibrio. Corresponde comparar la situación de cada una de las partes en lo que refiere a sus derechos y sus obligaciones sin quedarnos sólo en los aspectos formales analizando sustancialmente el alcance de todo el contrato respecto de cada una de las partes calificando debidamente las ventajas beneficios u obligaciones o gravámenes

Es ineludible ponderar:

- a) la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato;
- b) al momento de su perfeccionamiento;
- c) se debe considerar la cláusula en el entorno de todo el contrato y no en forma aislada;
- d) la calificación no se debe realizar en abstracto sino en concreto en función del caso en cuestión.
- e) debe correlacionarse con la cláusula que tiene la obligación o el derecho correlativo.
- f) por cierto lo último pero no por ello lo menos importante es la consideración del derecho dispositivo vigente respecto del contrato en cuestión y el posible apartamiento injustificado de esta normativa.

También el apartamiento de ciertos usos y costumbres.

En definitiva, se presupone que es lo que hubieran establecido contratantes en posición de igualdad y dentro de lo razonable y la circunstancias del caso y de allí se deduce si lo acordado dista o no de lo normal. **Llegada la hora de considerar los desequilibrios injustificados debemos tener en cuenta en primer lugar, cuál es alea**

**normal del contrato para considerar si realmente el desequilibrio está dentro de lo normal o no.**

Si se pasa de lo que se puede entender como equilibrio normal, aparecen en evidencia desproporciones injustificadas en la distribución de derechos y obligaciones que es lo que nos alerta sobre un posible abuso que perjudica al consumidor.

**III. Transgresión de la obligación de actuar de Buena Fe**

*i. Concepto*

WAYAR (*Derecho Civil*, Buenos Aires, 1990, Pág. 437) con sabiduría presenta al principio general y fundamental de la buena fe como una «de las reglas de oro» del Código Civil, que no puede ser pérdida de vista a la hora de definir el alcance real de ciertos paradigmas y es precisamente por su intermedio que se tiende a un mayor realismo dentro del mismo derecho contractual dejándose cada vez más de lado paradigmas falsos generadores de ingentes injusticias en el ámbito del derecho contractual todo.

La sola presencia de ciertas cláusulas que objetivamente demuestran un claro desequilibrio de las prestaciones evidencian un ánimo de aprovechamiento indebido o injusto por parte de quien predispuso la cláusula unilateralmente o la impuso por cualquier otro método de negociación.

La buena fe opera como causa de exclusión de culpabilidad; como causa o fuente de ciertos deberes (información, seguridad, protección, etc.) Además, como ya viéramos, la buena fe actúa como causa de limitación en el ejercicio de ciertos derechos. Así, el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económica-social diferente para el cual le fue atribuido a su titular sino también cuando se ejercita en forma desleal o abusiva, atentos a las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico.

El derecho subjetivo (como el de contratar) —señala WIEACKER (ob. cit., pág. 20)— debe ejercerse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y de acuerdo a la vinculación especial que existe entre ellos.

GORPHE (*Le principe de bonne foi*, París, 1928, pág. 101) destaca que el ejercicio de los derechos no puede concebirse en forma absoluta: el hecho de que uno sea titular de un derecho no le dispensa de tener que actuar con buena fe (voluntad honesta). Hay debe-

res para con los demás que ningún derecho permite violar. Con esta idea es posible relacionar el ejercicio de los derechos con el respeto de la solidaridad social y del bien común. La utilización del contrato como medio de interrelación de intereses importa el ejercicio de un derecho que no puede considerarse como un fin en sí mismo sino como un medio para lograr la realización personal y comunitaria o sea, el bien común. Partiendo de esta idea el ejercicio del derecho lleva a ponderar cada vez con mayor realismo los fines y valores que están en juego en la aplicación de las instituciones jurídicas y en el ejercicio de los derechos.

Por esta razón como bien lo señalara PEIRANO FACIO (*Responsabilidad Extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 277), la teoría del abuso del derecho se ha convertido en uno de los fundamentos básicos de la ciencia jurídica actual. El ejercicio del derecho contractual para imponer cláusulas anormales o abusivas importa en esencia un ejercicio incorrecto de un derecho que no fue pensado, ni autorizado para ello.

RESCIGNO («L' abuso del diritto», *Rivista di Diritto Civile*, 1965, pág. 216) destaca precisamente que el auge del abuso del derecho comienza en la segunda mitad del siglo XIX cuando se sufren ciertas manifestaciones de la economía capitalista a través de la explotación de las situaciones monopólicas donde se advierte los excesos que se pueden cometer con lo que se consideraba el ejercicio de derechos (contractuales). Las consecuencias de la desigualdad del sistema llevaron a pensar que aplicando la teoría del abuso del derecho se podía llegar a evitar graves injusticias.

A la cláusula abusiva se llega por el ejercicio abusivo del derecho a contratar que se realiza, en definitiva, al margen del sistema jurídico considerado como realidad tridimensional (norma; realidad socio-económica; valores). Quien ejerce el derecho a contratar utilizando como forma la predisposición unilateral de cláusulas a través de las cuales se pretende acceder a ventajas injustificadas, está actuando al margen de la buena fe debida e incurriendo en abusos que el orden jurídico no puede admitir.

La buena fe objetiva opera como límite de la libre expresión de la voluntad señalando lo que debe de considerarse abusivo o inícuo o lesivo, atentatorio de la razonable conmutatividad de las prestaciones. La ponderación de la buena fe nos permitirá determinar si un eventual apartamiento de las normas dispositivas se dio en forma justificada o injustificada, y si el ejercicio de esta



libertad de contratar ha sido o no abusivo. La buena fe exigible a la hora de redactar cláusulas contractuales es básicamente la buena fe objetiva, que impone reglas de conducta como el actuar con honradez, fidelidad, colaboración, lealtad, etc.

No interesa aquí la buena fe subjetiva como consideración del estado psicológico con el que actúa quien se impone o la intencionalidad con la que se procede. Lo relevante es lo que se constata objetivamente como resultado o consecuencia de la negociación y es ello lo que pone en evidencia un proceder apartado del deber de conducta exigido para esas circunstancias.

La buena fe a que refiere la norma (artículo 30 de la ley 17.250) alude a la conducta del predisponente en la formación del contrato que puede llevar a la calificación de abusiva de la cláusula cuando se actuó con explotación, desinformación o estado de necesidad, con engaño, con falta de veracidad.

Aun cuando el profesional hubiere actuado de buena fe (subjetiva) y no fuere consciente de los desequilibrios que le impuso a la contraparte, ello no excluye la ponderación del desequilibrio objetivamente considerado y la relevancia jurídica del mismo como tal. Anota VETTORI (*Codice del Consumo*, Milano, 2007, pág. 227) que la buena fe subjetiva se deja de lado pues el consumidor no debe probar intenciones o falta de diligencia por parte del profesional que redactó las cláusulas abusivas, las que se ponderan objetivamente, lo mismo que la consideración objetiva de las normas de conducta debida emergentes del deber de actuar de buena fe.

Desde nuestro punto de vista, cuando se recurre a la buena fe para identificar o calificar cláusulas de abusivas se alude a diversos criterios de valoración esencialmente éticos que determinan una calificación sobre el proceder en la contratación. Así, quien busca explotar, abusar de la confianza, de la inexperiencia, de la falta de formación o conocimientos del otro, quien se aprovecha de una necesidad de una relación de dependencia actúa con deslealtad, deshonestidad, con falta de colaboración pautas todas de exigencia ética impuestas a través de lo que en el caso significa actuar de buena fe. Más que un elemento de ponderación diferente, la buena fe aquí aparece como la otra cara de la moneda pues, como ya hemos dicho, los injustificados desequilibrios no los concebimos separados de una ponderación de la buena fe objetiva o subjetiva.

La buena fe marca el modelo de la conducta debida en la interrelación y distribución de intereses entre las partes. Y si se apartan de ese modelo, se puede incurrir en abusos.

Aparece delineado a través de la vigencia del principio general de la buena fe, del que se proyecta el principio del equilibrio contractual el principio de la razonabilidad y el de la transparencia.

**Equilibrio no es igualdad de las prestaciones en sentido matemático sino relacionamiento razonable y proporcional dentro de lo que es un alea normal atento a las circunstancias de tiempo y lugar.**

Se exige por parte del predisponente un comportamiento honrado, recto y leal. La buena fe opera como un «estándar jurídico», que marca el arquetipo de la conducta debida y exigible; son imperativos éticos, no sustanciales (DIEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1993, pág. 354).

Actuar de buena fe en la instancia de redacción de cláusulas pre-dispuestas supone, para cierta doctrina que consideramos acertada, respetar una justa, racional, y equilibrada distribución de intereses jurídicos de las partes. Las cláusulas contractuales serán apreciadas como ajustadas a la buena fe si comportan una correcta composición de los intereses de las partes. En este caso la buena fe lleva a aplicar un criterio valorativo de las obligaciones impuestas a cada parte de una relación contractual. Las prestaciones son equilibradas cuando representan entre sí una justa racional y equilibrada ordenación de intereses jurídicos de las partes. Además, a través de la valoración del contenido contractual de las cláusulas, se pretende tutelar al consumidor que, adhiriéndose a un contrato, confía en el ejercicio correcto y racional del poder del predisponente (SERRA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 617).

Así, la buena fe es la «razonable» confianza; fe en que el contenido y la ejecución de las prestaciones son correctos de conformidad con el orden jurídico y a lo que en el caso es justo y razonable.

#### *ii. ¿Autonomía de estas exigencias?*

Podemos preguntarnos si en realidad este presupuesto de abusividad es realmente diferente al siguiente, que supone no actuar de buena fe. La justa distribución de derechos y obligaciones es, en definitiva, una exigencia del actuar de buena fe.

MARIÑO LÓPEZ ("Control del contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo", *A.D.C.U.*, t. XXXI,



Pág. 735) entiende que son dos criterios separados de abusividad: el desequilibrio claro e injustificado en la distribución de derechos y obligaciones y la violación del deber de actuar de buena fe. Pueden existir desequilibrios claros e injustificados que no violen la obligación de buena fe y cláusulas que transgredan la obligación de buena fe sin que se produzca un desequilibrio claro e injustificado.

Desde nuestro punto de vista, la realidad marca que cuando se impone una distribución desequilibrada de derechos y obligaciones no se está actuando de buena fe y aparecen como dos realidades inseparables.

Para ALPA - PATTI (*Le clausole vessatorie neo contratti con i consumatori*, Milano, 1997, T. I, pág. 56), el significativo desequilibrio de las prestaciones en perjuicio de la parte débil no puede ser definido o determinado con prescindencia de la consideración de la buena fe pues, en todo caso, ese significativo desequilibrio injustificado está transgrediendo al menos la buena fe objetiva con la que se debe proceder al contratar.

ROPPO (*ob. cit.*, pág. 550), considera que es contrario a la buena fe el desequilibrio que determina la abusividad, con lo que aparecen como dos aspectos inseparables en la determinación de la abusividad. Es vejatoria la cláusula que determina un significativo desequilibrio en contraste a la buena fe objetiva.

Como ya lo dijéramos, en nuestra opinión es claro que se trata de dos criterios de determinación de abusividad diferente, aunque la existencia de desequilibrios en la distribución de derechos y obligaciones suele ser el resultado de un proceder alejado de la buena fe.

El respeto de la buena fe lleva al equilibrio contractual pues implica actuar con la consideración debida sobre el débil o vulnerable y asumir normas de conducta debida, evitando excesos y desequilibrios injustificados.

### *iii. Función*

En nuestro régimen jurídico no se ha previsto, como debió haberse hecho, que las cláusulas abusivas se consideren no puestas. Por el contrario, se siguió un régimen sustitutivo de la abusividad en la medida en que ello sea posible. La buena fe objetiva puede desempeñar en los contratos una función integrativa o de reducción. Por un lado, define la conducta debida que es tras-

gredida cuando se incurre en abusividad y por otro, respalda la labor de reducción a la hora de restablecer el equilibrio del contrato afectado por abusividad y nulidad relativa.

En el caso en análisis, la buena fe opera como instrumento de control del contenido del contrato y aun en ausencia de previsiones se impone como efecto. Opera así como control y complemento necesario de la autonomía privada negocial. El art. 1291 in. 2º del C.C. lo utiliza para orientar la ejecución del contrato pero la exigencia de buena fe está antes, durante y aun después de la existencia del contrato.

Antes, opera como regulador de la conducta en las tratativas pudiendo según los casos llegar a justificar la existencia de responsabilidad precontractual (Art. 32 de la ley 17.250). Las funciones que desempeña en el contrato como ya viéramos no son sólo de interpretación e integración sino de limitadora o controladora de la autonomía privada, de moderadora del equilibrio prestaciones, de reductora (supletoria) ante los abusos, de adecuación frente a las consecuencias imprevistas.

Cuando se constatan beneficios o ventajas claras, excesivas e injustificadas para una de las partes, obtenidas en un entorno de verdadera imposición en el que no existió negociación real por necesidad, desconocimiento, dependencia económica, confianza la buena fe marca la existencia de una inconducta, de un abuso no querido por el orden jurídico y sale a la proyección del débil tratando de restaurar un equilibrio prestacional perdido..

#### *iv. Principio general del derecho*

El Principio de la Buena Fe no es nuevo en el Código Civil. Por el contrario, opera y rige como principio general del derecho en toda la vida del contrato (art. 16 y 1291 inc. 2º del C.C.). Lo que sí es novedoso es que la transgresión del deber de actuar de buena fe nos pueda conducir a la nulidad del contrato, y no configure necesariamente, como sucede en la actualidad, un caso de responsabilidad.

Además, sobre este principio sustancial del derecho y en particular del derecho contractual, se ha proyectado el Principio General del Abuso de Derecho que marca límites en el ámbito posible del ejercicio de derechos y estos límites están señalados, en gran medida, por lo que supone un proceder de buena fe.



BIANCA («Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie» en la obra *La clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Milano, 1996, pág. 360), señala que la buena fe ya no incide sólo en la conducta debida (lealtad, honestidad), sino que repercute en el mismo contenido del contrato, pues se funda en la buena fe el equilibrio debido en la distribución de derechos y obligaciones. La buena fe al controlar el equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones controla posibles abusos.

De la buena fe se deriva el principio de equilibrio contractual en la distribución de derechos y obligaciones entre las partes, y **el principio de la adecuación económica**. O sea, la buena fe a que aluden los Arts. 30 y 31 interviene en la faz de conclusión del contrato, y trata de limitar las intenciones abusivas de la parte más fuerte a la hora de contratar. La buena fe aparece junto a la parte débil velando por su protección y tratando de evitar la explotación y el abuso frente a quien concurre al contrato sin poder negociador y sufre la imposición del más fuerte.

*v. La buena fe, la moral y el orden público*

Muchos positivistas e individualistas resisten la importancia y trascendencia de la buena fe, señalando que no se puede invocar para dejar de lado el contrato o la norma. Se ignora que cuando la buena fe aparece es porque es la autonomía de la voluntad la que se apartó de ella y que su vigencia se orienta sólo al respeto de valores esenciales, a la convivencia social y el estado de derecho, significando uno de los aspectos más notables del orden público vigente.

La buena fe no tiene significación sólo en los contratos por adhesión sino en todo contrato público, privado, negociado o no, y en todos marca límites a la luz de los valores esenciales que representa, como la lealtad, honestidad, tutora de la legítima confianza...

**IV. Se consideran abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones contractuales**

*i. Presentación del tema*

Cuando por acuerdo de partes se deja de lado el derecho positivo, «sin una justa causa» se termina por desnaturalizar o afectar la naturaleza básica del contrato.

El Art. 37 de la ley 24.240 argentina sobre relaciones de consumo considera abusivas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños. **Por desnaturalización se entiende** en general el apartamiento injustificado del derecho dispositivo (RICARDO LORENZETTI, «Tratamiento de las Cláusulas Abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor»; *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, Pág. 173).

El derecho dispositivo en relación al contrato marca una distribución equilibrada de derechos y obligaciones. Apartarse de este equilibrio natural sin justa causa puede llevar al abuso en la cláusula.

Esta tendencia a proteger lo que hace a la naturaleza, a la razonabilidad del mismo negocio jurídico la tenemos claramente referida en el artículo 1291 inciso 2º de nuestro Código Civil cuando ordena: «Todos (los contratos) deben de ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias, que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o la ley».

Existen obligaciones y normas de conducta que son propias de la naturaleza de un contrato y que se imponen a él aún por encima de lo previsto o de lo previsto en contra por las partes.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Directiva Comunitaria de 93/13 señala con acierto que «el carácter abusivo de la cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que pueda depender».

El legislador o codificador comienzan por describir el «tipo contractual» sobre pautas de lo que se entiende más justo distribuyendo obligaciones y derechos. Este modelo no es obligatorio pues en muchos aspectos las partes pueden variar de común acuerdo lo que surge del derecho positivo pero lo que se exige en estos casos es que estas variaciones que suponen un apartamiento del derecho dispositivo, ocurran con "causa".

Se entiende por tales las que alteran o desfiguran el carácter del contrato o de las obligaciones esenciales del mismo. Ejemplo, el empresario que se otorga facultades para fijar unilateralmente precios; en los contratos de depósito cuando no se asuman



responsabilidades por la custodia de los bienes... En todos estos casos existe apartamiento del orden jurídico vigente (norma de derecho dispositivo) sin justa causa y ello es lo que puede llevar al abuso o la desnaturalización del contrato. Desnaturalizar es afectar el vínculo obligacional.

*ii. Inoperatividad del derecho dispositivo*

LORENZETTI - MOSSET ITURRASPE (*Defensa del consumidor*, Santa Fe, 1994, pág. 204), con este título marcan cómo en la actualidad, de cara al derecho del consumo, para que desaparezcan ciertos derechos que antes eran negociables, ello debe suceder en forma justificada. Será el empresario o proveedor el que deberá justificar el apartamiento del derecho supletorio.

El contrato puede quedar desnaturalizado cuando las obligaciones que forman su esencia o su misma causa terminan por ser desvirtuadas por las facultades especiales que se le otorgan a una de las partes, por las irresponsabilidades pactadas respecto de obligaciones esenciales, afectándose la causa o función del contrato. Por ejemplo, se otorgan facultades de fijación de precio a una de las partes, facultad de rescindir el contrato sin justa causa.

Desde nuestro punto de vista, se ha omitido en el art. 30 de la ley 17.250 un criterio de ponderación de abusividad que creemos particularmente importante, y que se concreta en establecer que se considera abusiva toda cláusula que suponga un **apartamiento injustificado del derecho dispositivo vigente**.

ALPA, PATTI (*Ob. cit.* Pág. 60) consideran que la significación o gravedad del desequilibrio queda en evidencia cada vez que existe un apartamiento del derecho dispositivo sin justificación (ROPPO, *Ob. cit.*, pág. 555).

No todo apartamiento del derecho dispositivo determina por sí abusividad sino sólo aquel previsto para tutelar una relación de equilibrio o de justicia distributiva entre las partes. El orden jurídico está conformado por normas imperativas, o de orden público, y normas dispositivas. La diferencia entre ambos tipos de norma está en que sólo las últimas pueden dejar de aplicarse, mediando acuerdo de partes.

Se entiende que lo previsto en el orden jurídico dispositivo regula soluciones justas y equilibradas. Como dice LARENZ (*Derecho de las obligaciones*, Madrid, 1958, t. I, pág. 122), debe revalorizarse el derecho dispositivo o supletorio, y si se deja de lado, debe existir una justa causa.

En ciertos casos, dejar de lado el derecho dispositivo sin causa justificada es un índice claro de abusividad. El término "índice" utilizado por ALPA, PATTI (*ob. cit.*, t. I, pág. 39) es apropiado pues de alguna forma viene a señalar que todo apartamiento del derecho dispositivo se entiende injustificado a menos que se acredite lo contrario.

Esta postura es particularmente relevante del momento que parte de la base que el derecho positivo regula los aspectos que se consideran justos y equilibrados entre las partes, y cuando aparece alguna cláusula que se aparta de lo que éste establece, debe existir alguna justificación que contrapesa el desequilibrio que causa el apartamiento del derecho positivo. Si ello no ocurre, la cláusula se considerará abusiva.

Tal lo que sucede, por ejemplo, en una cláusula de un contrato de depósito –en el cual la esencia del contrato es la conservación de la cosa– que diga: «esta casa no se responsabiliza por el cuidado de las cosas». Esta cláusula, como se ve, supone precisamente desvirtuar un deber esencial del depósito, que es la custodia de las cosas, y por tanto supone desnaturalizar la obligación esencial del contrato de depósito.

#### **V. La razonabilidad (circunstancias concurrentes) como parámetro de valoración**

Es natural que cuando se alude a parámetros tales como "transparencia" en la redacción; "significativo", "excesivo", "injustificados desequilibrios"; nos preguntemos cómo se determina en la práctica lo transparente, lo oscuro, lo ilegible, lo desequilibrado.

Se suele recordar que, en realidad, son términos indeterminados que se remiten a lo que en el caso considere el juez pero, y esto es lo importante, en estos casos el juez no puede actuar con arbitrariedad sino con discrecionalidad lo que es muy distinto, pues en este caso tiene libertad de apreciación pero lo que dicte debe ser fundado.

El fundamento de lo que se considere como abusivo se debe calificar partiendo de lo que en el caso era la diligencia de un buen padre de familia o los conocimientos medios de un prudente hombre de negocios y una persona que procediera de buena fe en parámetros de razonabilidad.

**La noción de injustificado y claro desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones se presenta como una noción**





**general de contenido indeterminado, que debe ser determinada, en definitiva, por el juez.** La vulnerabilidad del consumidor, en muchos casos viene por la falta de conocimientos o de información (incluso jurídica), y es preciso recurrir a nuevas formas de control para evitar desequilibrios no tanto económicos sino jurídicos. Circunstancias concurrentes evidencian el origen de la abusividad. Así la ausencia de negociaciones, la inexistencia de poder negociador en una de las partes, la existencia de relación de dependencia económica. Por esta razón, ya en la Directiva de la CEE 93/13 se decía que en la ponderación de la buena fe se debe prestar especial atención a las fuerzas de las respectivas posiciones de negociación de las partes.

#### **VI. Cláusulas abusivas a la luz de un «nuevo orden público económico»**

Con singular acierto señala DIEZ PICAZO (*Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 45) que el verdadero «orden público económico» se sustenta sobre un principio básico cual es la idea de que todo cambio de bienes y servicios entre las personas debe estar fundado sobre el postulado de la conmutatividad. El equilibrio real de las prestaciones en el intercambio de bienes y servicios se presenta como una exigencia de justicia (conmutativa) que de ninguna forma puede darse por supuesto en un plano formal o impuesto por decreto, sino que exige la consideración de la realidad en su verdadera dimensión, con las respuestas inmediatas del orden jurídico.

La justicia expresada a través de la equivalencia de las prestaciones hace a la esencia misma del derecho, y, en particular, del derecho contractual. Con acierto RAMÓN DÍAZ («Espontaneidad versus Racionalismo» en *Diario El Observador* del 6 de mayo de 1995) señala que la civilización es un orden extenso, articulado en una serie de sub-órdenes —la economía, el derecho, la moral— mutuamente interrelacionados. Se trata de que el orden económico se apoye sobre el moral, a la vez que es tributario, insalvablemente, del jurídico, y todos estos órdenes se encuentran en crisis.

Pensamos que esta crisis en lo que al sistema jurídico se refiere se debe precisamente a que se pretende cambiar con prescindencia de los dictados de los demás subórdenes económico y moral.

Con toda paz se admite como paradigma que las prestaciones de bienes y servicios, en cuanto emergentes del contrato, deben mi-



rarse como equivalentes, no importando que esto sea o no real. Esto se admite como verdad incuestionada, se difunde y se trata de justificar como presupuesto de todo el sistema contractual: «nada más absurdo que dar por cierto algo que se conoce no responde a la realidad, he aquí el verdadero origen de la crisis».

Efectuar referencias a la consideración del «orden público» puede resultar para unos un tanto etéreo, impreciso, inseguro, o meta jurídico. Por el contrario, este concepto, que para muchos infunde verdadero temor, conforma la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo sus raíces más profundas en la misma Constitución de la República, y en lo que conforma un verdadero «Derecho Civil Constitucional»<sup>30</sup>.

Por esta vía el derecho privado se ha impregnado legítimamente de una verdadera función solidarista y social conforme a la cual el ejercicio de los derechos no se justifica en una visión individualista, sino en atención al bien común y la solidaridad social. La función social de ciertos derechos delimitará su contenido y la forma en que puedan ser ejercitados.

Cuando la norma dice que los contratos o sus cláusulas no podrán contravenir el orden público, la moral o las buenas costumbres (artículos 8 y 1288 del C.C.), en realidad nos están indicando que, en definitiva, la iniciativa que parta del principio de la autonomía de la voluntad privada no puede apartarse del principio de buena fe; no puede manifestarse contraria a la utilidad social, o de forma que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad de la persona (artículos 7 y 72 de la Constitución).

La «sacralidad» de la autonomía de la voluntad tuvo su razón de ser en la época del individualismo y liberalismo, por entenderse que era justo lo que se consideraba libre. La justicia formal impuesta por principio supondría la justicia sustancial. Hoy está claro que la autonomía de la voluntad tiene otros límites y se plantea, precisamente, la existencia de abuso en el ejercicio de estas libertades o derechos cuando se afecta la misma dignidad de las personas.

Junto a las exigencias que surgen de las normas imperativas están las pautas que señalan el orden público y las buenas costumbres, de los que surgen parámetros de conducta debida en aten-



ción a un interés general y a la necesidad de acceder a soluciones conformes a una mayor justicia distributiva.

En este nuevo «orden público económico» se fundan las cada vez más frecuentes medidas tendientes a limitar la autonomía de la voluntad en el entorno del interés general.

«El orden público económico tiene que ver con el sistema económico que cada sociedad adopta en un momento determinado de la historia. Así entendido, este orden público suministra ciertos principios jurídicos que inspiran y presiden la organización económica que cada sociedad adopta en un momento determinado de su historia; tales principios constituyen, por su rango, una fuente supletoria de derecho y se ofrecen como criterios básicos con arreglo a los cuales debe ser interpretado y aplicado todo el orden jurídico» (DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, t. I, pág. 43).

#### D) Cláusulas abusivas con un “adherente empresario”

##### a) Presentación del tema

En cierta ocasión en que explicábamos el deber de informar en las relaciones de consumo en una clase en Facultad, una alumna luego de escuchar su alcance y sus fundamentos pregunta ¿Por qué este deber no se aplica en todas las relaciones contractuales con el mismo alcance, si todas las relaciones contractuales se fundan en la buena fe contractual?

En esta pregunta que respondía a un razonamiento lógico encerraba una gran verdad cual es que si bien en temas como el deber de informar, el contrato por adhesión, las cláusulas abusivas tienen referencia expresa para las relaciones de consumo, ello no excluye que sean, en definitiva, representativos de criterios generales o de lo que en esencia es la doctrina más recibida en el tema en cuestión.

Los abusos del fuerte sobre el débil no los tenemos sólo en las relaciones de consumo sino, y cada vez en forma más notoria, entre empresas fuertes y débiles, entre las grandes y las pequeñas empresas **en definitiva, todo se centra en la existencia o no de poder negociador con facultades de imposición y de desplazamiento de la negociación.** Estas posibles injusticias o situaciones inadmisibles de explotación y abuso, son tan inadmisibles como las otras.

Corresponde tener claro, entonces, que el presupuesto para ponderar la abusividad de las cláusulas, conforme a la ley comentada, es la existencia de un texto contractual preformulado y no negociado o impuesto.

Con respecto al ámbito de aplicación de toda la temática inherente a las cláusulas abusivas, comenzamos por destacar que el texto de la ley 17.250 es claro en cuanto a que las cláusulas abusivas que regula son las propias de los contratos por adhesión, referidas a relaciones de consumo.

Ello surge del art. 6 literal «D» que alude a las cláusulas abusivas «en los contratos de adhesión». En el Título del Capítulo XI se establece «Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión». Queda claro, desde nuestro punto de vista, que las cláusulas abusivas dentro de las relaciones de consumo están previstas para este tipo de contratos en una relación de consumo.

A pesar de que los arts. 30 y 31 de la ley 17.250 parten de la existencia de un contrato de adhesión, donde no existió negociación entre las partes, ello no quiere decir que sean estas las únicas cláusulas abusivas que el juez pueda detectar y que solo haya cláusulas abusivas cuando la ley las autoriza expresamente.

La figura de la cláusula abusiva es general y se puede detectar en cualquier contrato, sea negociado o por adhesión, sea con consumidores o con empresas adherentes. Podemos preguntarnos con toda lógica si las consecuencias reguladas en el ámbito del consumo para las cláusulas abusivas que legitiman un proceso de reducción a la legalidad y al equilibrio son exclusivas para estas relaciones o de vigencia general.

Nuestra opinión en el tema es que la abusividad en las cláusulas se determina a partir de principios generales que parten de no admitir lo abusivo, extorsivo con carácter general y que si bien ciertos casos cuentan con regulación expresa, no parece desajustado aplicar analogías para superar otros claros e injustificados abusos en las cláusulas contractuales.

El juez puede determinar la existencia de cláusulas abusivas en «contratos de consumo negociados», en los contratos por adhesión participen en ellos o no consumidores, y utilizar como guía los criterios generales partiendo de la existencia de un claro e injustificado:

- a) desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones;
- b) apartamiento del derecho dispositivo vigente;
- c) contenido que suponga no haber actuado de buena fe.

**Nunca debemos olvidar que es de aplicación en el caso, en forma residual, el art. 1321 del C.C., donde se refleja con carácter general el principio de que «el que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte».** Esta norma es reflejo de



un principio general aplicable no sólo en el ámbito extracontractual sino, y particularmente, en el contractual.

En otro orden, somos de la opinión de que la figura del contrato por adhesión existe en la medida que en el sistema jurídico se priorice la buena fe dado que por su intermedio queda marcado el camino de cómo proceder en caso de que se haya actuado al margen del libre consentimiento y la autodeterminación real.

Como dice muy bien DIEZ PICAZO (*Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 30), la falta de voluntad en los contratos no debe atormentarnos demasiado. La voluntad en el efecto del contrato no es exclusiva ni excluyente. En ocasiones se constata la ejecución o cumplimiento del contrato aunque no quede claro la existencia originaria del mismo.

Porque no brille la voluntad en todo su esplendor no quiere decir que estemos lejos del contrato. Lo que realmente importa en todo caso no es sólo cómo se formó el contrato sino qué es lo que contiene.

*b) Deber de transparencia y de lealtad y colaboración*

Los deberes de transparencia, de lealtad, de colaboración no se aplican sólo a algunos contratos o sólo respecto de algunos débiles sino que son de vigencia general.

El deber de informar en forma clara, veraz y completa rige no sólo en los contratos por adhesión y en las relaciones de consumo pues, de ser así, se estaría incurriendo en graves discriminaciones y actuando al margen de lo que exigen ciertos principios de vigencia universal, como el de la buena fe.

PERTINEZ VILCHEZ (*ob. cit.*, pág. 103) considera que **la abusividad por un defecto de transparencia está llamada a jugar un papel más relevante en los contratos en los que el adherente es un empresario que en los contratos en los que el adherente es un consumidor** por una razón fundamental: el ámbito de decisión contractual es superior cuando el adherente es un empresario que cuando el adherente es un consumidor. Mientras que en los contratos con consumidores la autonomía de la voluntad de circunscribe al precio y al objeto del contrato, en los contratos con empresarios su ámbito se amplía a otros aspectos del contrato.

*c) La imposición por encima de la autodeterminación*

Todo el sistema contractual y el fundamento del vínculo obligatorio radican en que la persona libremente consiente y como resultado de la autodeterminación termina obligada y es responsable.

Cuando existe clara posibilidad de imposición, adhesión y falta de real aceptación, aun cuando todo pueda aparecer transparente se crea un clima propicio para la abusividad que, de existir, debe ser limitada por el derecho sea cual sea la relación contractual de que se trate y sean cuales sean sus participantes. El libre mercado y la competencia leal son fundamentales pues ello permite al empresario la posibilidad de decir que no a uno cuando puede contratar con otro.

En este sentido, y en aplicación de principios generales, la ley italiana 192/98 refirió precisamente a los abusos por situaciones de dependencia económica. Esta ley refiere a situaciones similares a nuestra ley 18.159 cuando reguló el abuso de la posición dominante con el enunciado de ciertas cláusulas abusivas propias de quien tiene a alguien bajo su control y le puede imponer algo que racionalmente no debería aceptar.

*d) Las cláusulas abusivas cuando no hay una relación de consumo*

El problema no está en la formación o el perfeccionamiento sino en la determinación de su contenido y consecuencias. En doctrina se plantea la controversia acerca de cuál es el ámbito de aplicación de la regulación de estas cláusulas. Podría pensarse que se aplican a todos los contratos referidos a las relaciones de consumo, o bien que se aplican sólo a los contratos por adhesión. En esta línea apuntan las legislaciones más recientes que en materia de relaciones de consumo consideran las cláusulas abusivas como aspecto esencial. No obstante, debemos tener muy en cuenta el razonamiento de autores como LARRAUMET (*Teoría General del Contrato*, Bogotá, 1993, pág. 341), para quien no queda claro porqué las cláusulas abusivas sólo se deben considerar en relación a los consumidores.

BIANCA (*Diritto Civile*, T. 3, pág. 396) entiende que la mejor forma de proteger el consumidor está en tutelar la libre competencia en el mercado y en proteger al empresario débil. ROPPO (*Trattato*, *Ob. cit.*, T. IV-I, Milano, 2007, pág. 530) bajo el título "**fuerza expansiva de la normativa de protección al consumidor**", refiere a las desigualdades a que se presta considerar sólo casos de abusividad en las cláusulas en el ámbito de las relaciones de consumo en los contratos estandarizados cuando, en realidad, se suscitan situaciones de patología similar en casos en los que no intervienen consumidores, que deberían ser tratados de la misma forma pues se dan los presupuestos fácticos similares o analógicos, en los que un fuerte explota o se abusa de un débil aun cuando no se esté ante una relación de consumo.

La abusividad preocupa no sólo en el contrato de adhesión sino en el contrato de consumo con carácter general. **Si bien la norma refiere a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (artículo 28), ello no quiere decir que sólo en estos contratos puedan existir cláusulas abusivas.** Lo que interesa es con qué grado de igualdad o de poder negociador actuaron las partes al contratar y cuál fue el resultado de ello. Además, pueden existir cláusulas abusivas en contratos por adhesión escritos o verbales; pueden aparecer en tickets, facturas, recibos, folletos, anuncios. Por ejemplo, cuando se establece en la factura que no se admiten devoluciones, que no se aceptan reclamos

Corresponde agregar que en la actualidad ya ciertas legislaciones dejan de limitar la determinación de la posible abusividad por la ausencia de negociaciones y prevén que esta posibilidad ocurra aun en contratos que puedan haber sido negociados pero en situación de ausencia de poder negociador real.

En este sentido el C<sup>o</sup>de de la Consommation francés (Art. 132) prevé la posibilidad de cláusulas abusivas tanto respecto a contratos predispuestos como los que son objeto de negociación individual, destacando que lo importante es el desequilibrio contractual y no tanto la ausencia de negociaciones.

No importa dónde esté la cláusula abusiva para poder ser calificada de tal: sea en un contrato por adhesión, sea un contrato de consumo, o bien sea un contrato negociado. Importa destacar que la ausencia de negociaciones o la irrelevancia en el ejercicio de la voluntad de una de las partes determina en esencia la existencia de una parte vulnerable y débil, que es sobre la que luego pueden recaer los efectos de los desequilibrios injustificados.

**Desde otro punto de vista, nuestro enfoque trata de no ser discriminatorio en lo que refiere a los débiles. Restringir esta figura a los consumidores puede ser un error: primero, porque no todos los consumidores son débiles y además, hay quienes no son consumidores sino empresarios y también son débiles** (sin poder negociador) y pasibles de ser explotados por cláusulas abusivas emergentes de quienes tienen concentración de poder económico o posición dominante en el mercado.

**También es necesaria la protección del empresario pequeño o débil y en el libre mercado pues de no ocurrir ello así, termina por ser explotado el propio consumidor.**



**Situaciones análogas merecen trato similar. La explotación y el abuso no pueden estar limitados en unos casos y permitidos en otros pues siempre será una falta a la moral y las coordinadas exigidas por el proceder de buena fe en la contratación, no pueden variar según quienes sean las partes en el contrato pues se estaría transgrediendo frontalmente el principio constitucional de igualdad.**

El autor citado propone una interpretación analógica de lo que es consumidor y partiendo de que la esencia de esta figura está en su debilidad, procede una interpretación extensiva del concepto de consumidor que llega a todo el que está en situación de debilidad. No faltaron quienes entendieron que el derecho de consumo es un derecho especial y, por tanto, no permite extensiones analógicas.

Creemos que más que normas especiales se están ante disposiciones que son reflejo de principios generales, como el que entiende que proceder de buena fe importa no usar posiciones preeminentes o de dependencia económica para obtener beneficios injustificados o causar daños injustos a la contraparte. Además, de no unificarse criterios se estaría violando el principio de igualdad de origen constitucional (art. 10), pues no es posible que existan tratamientos diferenciales para patologías similares pues esto sería claramente discriminatorio..

El abuso de la posición dominante en el mercado, regulado en nuestro país actualmente por la ley 18.159, presupone, precisamente, la ausencia de libre concurrencia lo que implica que el consumidor o empresario no tienen en el mercado opciones y dependen de lo que imponga un determinado centro de interés.

Esta figura se extralimita del ámbito contractual; no se aplica solo a los empresarios y lleva implícita la regulación de una nueva forma de vicio de consentimiento en la figura de la violencia económica o en el temor reverencial.

Por esta razón, países como Italia (ley 192/98 de 18 de junio de 1998) o Francia han regulado el denominado "**abuso de la dependencia económica**" que se da, precisamente, cuando una empresa está en condiciones de determinar respecto de otra un excesivo desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones como partes de un contrato.

Con respecto al ámbito de aplicación, en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, «El contrato en el año 2000: cláusulas contractuales abusivas», *Anales del Foro*, N° 125, Pág. 127) sostuvimos que, si bien es en



el contrato por adhesión donde se constata con mayor facilidad la existencia de cláusulas abusivas, ello no quiere decir que no puedan existir cláusulas abusivas aún en los contratos negociados o entre empresas (fuertes y débiles). Aquí son más difíciles de detectar, pues aparecen «encubiertas» en la autonomía de la voluntad, y en el hecho de que la lesión no es, en principio, vicio de consentimiento. Pero ello no quiere decir que antes de la ley no hubieran cláusulas abusivas, o que después de su entrada en vigencia sean consideradas abusivas sólo las relativas a las relaciones de consumo.

Corresponde aclarar que en la Ley de Urgencia N° 17.243 (hoy ley 18.159), en el art. 4, cuando se regula la «libre competencia», aparecen enunciadas cláusulas abusivas o prohibidas que no están referidas sólo a los contratos por adhesión. Al regular, por ejemplo, el abuso de la posición dominante en el mercado con referencia al relacionamiento entre empresas, abre un camino de abusividad entre la gestión de las empresas que al abusar de su poder negociador pueden emplear este tipo de cláusulas no queridas por el derecho.

*e) Consecuencias*

Quizá uno de los aspectos más complejos lo encontramos a la hora determinar cuáles son las consecuencias de la abusividad en contratos donde los adherentes son empresarios y no consumidores. ¿Podemos aplicar las consecuencias previstas en la ley de relaciones de consumo (Art. 31 literal h) que nos llevan a la nulidad parcial y posible reducción del contrato a la legalidad por obra del juez?

Podemos sostener que sin texto expreso habilitante ello no es posible pero, si bien ello puede ser en principio cierto, no menos cierto es que en la ley 18.159, al regular por normas de orden público el abuso de la posición dominante en preservación de la libre concurrencia, a modo de ejemplo se enuncian cláusulas abusivas siguiéndose un criterio enunciativo. Si la cláusula abusiva en cuestión emergente de un contrato en el que resulta perjudicado un empresario adherente se puede considerar resultado de la posición dominante de un empresario sobre el otro, puede estar trasgrediendo normas prohibitivas de orden público y ser entonces no sólo transgresoras del deber de buena fe, sino consecuentemente, nulas.

Surge del Art. 8 del C.C. que lo hecho contra las normas de orden público es nulo si no se regulan otras consecuencias. Pero, además, desde nuestro punto de vista **el respeto de la buena fe es de orden público y sus transgresiones configuran en términos generales nulidad.**

Podemos pensar en que se trate, además, de un caso de inoponibilidad pero, como bien señala STIGLITZ (*Ob. cit.*, pág. 206), este supuesto de ineficacia es establecido por la ley para proteger a terceros y siendo el consumidor parte, esta figura no sería aplicable salvo que la ley lo diga expresamente.

*f) Efecto respecto de terceros*

El profesional o parte fuerte o beneficiario de los desequilibrios injustificados puede ser la contraparte o bien un tercero. ALPA PATTI (*Ob. cit.*, pág. 57) entienden que es perfectamente posible que se contrate para un tercero y que los beneficios de los injustificados desequilibrios estén diseccionados. Tal lo que sucede por ejemplo, si se sale a contratar bienes o servicios para un determinado emprendimiento edilicio imponiendo condiciones vejatorias. Debe destacarse que en estos casos la situación en nuestro derecho, desde nuestro punto de vista, saldría del ámbito del derecho del consumo pues no se estaría ante un consumidor final.

*g) Cláusulas abusivas en contratos no escritos*

El presupuesto de que las cláusulas abusivas se pueden considerar en un texto al que el consumidor adhiere y que es posible estudiar sobre un documento, no siempre se da. Puede suceder que el contrato no esté escrito o esté expresado en otros medios: electrónicos, cibernéticos.

**E) Ámbito de aplicación: ¿no hay abusividad en el precio?**

*a) Presentación del tema*

Ciertas legislaciones o normativas internacionales como la directiva de la CEE 93-13 de 5 de abril de 1993 establecen que la normativa de la abusividad en las cláusulas no se aplica a las cláusulas que surgen con respaldo legislativo o por convenios internacionales (en particular en el ámbito del transporte).

La ley portuguesa Decreto 446-85 excluye de su aplicación estas cláusulas cuando son aprobadas por el legislador, cláusulas que resultan de tratados o convenios internacionales, cláusulas impuestas por una entidad pública o emergentes de normas de derecho público, cláusulas emergentes de la reglamentación colectiva de trabajo o de actos que involucran al derecho de familia.

En nuestro país no existe, como en la Argentina, ninguna de estas formas de limitación salvo en lo que refiere al hecho de que estas cláusulas deben surgir de los contratos por adhesión y que la abusi-

vidad que no se contemplaría es, en principio, la relativa a los precios (art. 30 ley 17.250).

Pensamos que esta limitación es relativa pues, en realidad, la abusividad está prevista para todos los contratos de consumo, sean o no por adhesión; lo contrario nos llevaría, como dijimos, a una discriminación injustificada. Es de destacar que la mayor parte de las legislaciones que refieren al tema en el ámbito del derecho comparado excluyen de la posibilidad de abusividad el precio y el objeto por entender que, en todo caso, aun en la forma de contratación por adhesión, se negocian y el adherente respecto de estos elementos puede decir sí o no a la contratación. Se considera que los aspectos económicos en todos los casos fueron resultado de la autodeterminación.

Con las cláusulas abusivas, en principio, se pretende garantizar un equilibrio en los derechos y obligaciones a favor del consumidor quedando en principio excluido un contralor sobre precios. No se le asegura un precio justo en una economía de libre mercado. Las razones dadas para no intervenir en el precio y el objeto del contrato fueron esencialmente tres:

- a) intervenir en el precio supone lesionar la autonomía de la voluntad que es esencial en la economía de mercado;
- b) no existen parámetros dentro de los cuales calificar si el precio es o no justo respecto de la contraprestación;
- c) no es necesario el control de precios pues la libre competencia se encarga de ello.

En algunos casos, como en nuestro país, el tema había sido excluido para preservar el criterio de que la lesión no es vicio del consentimiento (art. 1277 del C.C.). En el plano teórico, como sostiene FLUME (*El negocio jurídico*, pág. 35), el precio está determinado por la oferta y la demanda. El tema de las cláusulas abusivas parece quedar al margen de las prestaciones esenciales y apuntar sólo a las cláusulas accesorias.

En principio el juez no debe intervenir en el control de precios y cuando interviene sobre las demás cláusulas lo hace, precisamente, para preservar la libre competencia en el mercado.

*b) Presupuesto de excepción la transparencia*

La libre competencia es garante del equilibrio económico siempre que exista transparencia. En el ámbito de lo claro y transparente la norma no protegería en principio al consumidor de lo abusivo en el precio y el producto, dejándolo librado a las fuerzas del mercado



o de su poder negociador para poder decir que no y recurrir a otro producto similar, en caso de que se le intenten imponer precios altos.

Esta estrategia de mercado funciona ante un pizarrón siempre que realmente haya libre mercado, que bien sabemos en muchos casos no existe y prueba de ello está en que es necesario sacar por otro lado leyes que lo protejan.

Como bien lo anota PAGADOR LÓPEZ (*Condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales predispuestas*; Barcelona, 1999, pág. 115), para que realmente se preserve en el ámbito del precio la libre competencia, debe existir claridad respecto de su conocimiento exacto, forma de pago, intereses, forma de pago del saldo y todo lo que refiere a este aspecto antes del contrato. De no existir claridad en estos aspectos, fallan las coordenadas de un perfecto funcionamiento del mercado y la necesaria libre competencia. La falta de transparencia determina la falta de consenso y autodeterminación que es la que en el ámbito del precio se presupone ante la posibilidad de poder decir que sí o que no.

Nos preguntamos si para tener relevancia en el precio la falta de transparencia sólo debe recaer sobre éste o sobre el contrato en general. También corresponde preguntarse si alcanza con la falta de transparencia para que el juez pueda incidir en el precio o hace falta algún aspecto complementario de la abusividad, como haberse apartado de lo que en el caso suponía actuar de buena fe.

En realidad, la falta de transparencia no suele ser casual y en la práctica esta falta de transparencia responde a una transgresión al deber de actuar de buena fe.

Cláusulas referentes al precio son todas aquellas que tengan alguna incidencia sobre el precio o el dinero a entregar.

Cláusulas referentes al producto o servicio refieren a la prestación correlativa al pago del precio, ofrecida por el profesional. Así, lo que refiera a la calidad, cantidad, cargas, gravámenes sobre el bien o servicio, de estar afectado por falta de transparencia puede determinar la existencia de abusividad en las cláusulas.

**Para poder aducir la existencia de transparencia en el precio o en el objeto, la información dada sobre ellos debe ser clara veraz, completa y oportuna.**

*c) Derecho positivo*

Particular importancia damos al análisis del último párrafo del art. 30, donde se establece: «La apreciación del carácter abusivo de



las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, **siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible**».

Este texto tiene su antecedente directo en el art. 4 num. 2 de la Directiva de la Comunidad Europea, donde textualmente se dijo: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio o retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten en forma clara y comprensible».

Pensamos que, por principio, no debería quedar fuera de control ninguna cláusula de estos contratos.

Esta postura es propia de aquellos sistemas jurídicos que parten de la base de que la lesión no es vicio de consentimiento (art. 1277 del C.C.), y que ponderan sólo la equivalencia formal de las prestaciones, sin interesar los desequilibrios sustanciales o cuantitativos que puedan tener las cláusulas.

Tal lo que establece el art. 1250 del C.C., cuando, al referir a los contratos conmutativos los define como aquellos en que las prestaciones «se miran como equivalentes».

O sea, según este enfoque, no interesa si realmente hay o no equivalencia económica, sino que las prestaciones se consideran formalmente como equivalentes.

**Desde nuestro punto de vista**, no es ésta la línea más adecuada para la protección al consumidor, donde, de cara al siglo XXI las figuras de la imprevisión; de la lesión y de la justicia contractual, se preocupan básicamente de los desequilibrios sustanciales y de la abusividad en los precios. Dado que se modificaron tantas cosas, éste hubiera sido seguramente el momento más propicio para dejar de lado el art. 1277 del C.C., en el sentido de que la lesión no es vicio del consentimiento, y seguir el camino de la mayor parte de los países de América del Sur, en los cuales este instituto opera ya como tal.

Es precisamente en el ámbito del precio o del valor de las cosas donde se advierten las abusividades más notorias y el abuso de la posición preeminente en el mercado, y es, precisamente, donde hay que proteger más al consumidor.

Estando a lo que surge de una primera lectura del art. 30 parecería que no debería existir abusividad en relación a los precios, pero ello en la actualidad exige dos apreciaciones:

- a) no se contemplan diferencias en el precio «siempre que las cláusulas se redacten en forma clara y comprensible», lo que implica que si no hay transparencia o claridad de redacción, estas diferencias económicas de las prestaciones adquieren relevancia. Por ello, no asiste razón a GAMARRA (*Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, 2006, pág. 37) cuando dice que el equilibrio económico es una zona vedada a los actuales poderes del juez pudiendo estos actuar sólo en los casos de abusividad normativa. Alcanza con que exista falta de claridad o de comprensión en este tipo de contratos lo que, por cierto, no es infrecuente, para que el juez pueda entrar a considerar los abusos en los precios. No se trata aquí de que el juez controle si el precio es o no justo, o si las prestaciones son milimétricamente equivalentes en lo económico. Se trata de que exista una razonable y justificada correspondencia en la proporcionalidad del significado económico.

Cuando se alude a claros desequilibrios o precios abusivos, ellos son los que sobrepasan el alea normal del contrato. No se trata de sustituir la política del libre mercado ni de establecer un sistema de contralor de precios

- b) Lo interesante en este tema es que la Ley N° 18.159, relativa a Normas sobre Defensa de la Competencia, (art. 4 A) establece: «Prohíbanse los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones o asociaciones de empresas, o el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado, de la producción, procesamiento, distribución, y comercialización de bienes y servicios, tales como: a) imponer en forma permanente, directa o indirectamente **precios** de compra o venta u otras condiciones de transacción **de manera abusiva** para los consumidores...».

Entendemos que esta disposición que concretamente prohíbe el abuso de la posición dominante que se traduzca en la imposición de precios de compra o de venta abusivos para los consumidores, significa literalmente una contradicción con lo establecido en el último párrafo del art. 30.

Pensando en posible derogaciones, debemos considerar que si bien en un principio la ley 17.243, en el tema en cuestión, pudo derogar a la ley 17.189, hoy, habiéndose aprobado nuevamente esta última norma posteriormente en el tiempo, se concluiría en que fue «derogada la ley derogatoria» por la ley 17.250, y todo volvió al inicio.

En la actualidad el artículo 4 A de la Ley 18.159 volvió a imponer el primer orden del criterio originario del artículo 14 de la ley 17.243, estando nuevamente prohibido concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores. Sin duda esta norma da relevancia a los desequilibrios económicos de las prestaciones, legitimando la ponderación de otro tipo de abusos. Antes podíamos decir que no tenía sentido verificar el precio justo pues era el que surgía del mercado o del consentimiento de las partes. Hoy, si el mismo aparece en contratos preformulados de redacción oscura, o bien el precio es el resultado del abuso de la posición dominante, puede ser reconsiderado por el juez.

No es cierto que el contralor de los precios por parte de los jueces, cuando existen precios notoriamente abusivos, determine inseguridad jurídica. Por el contrario, la inseguridad jurídica se produce cuando, como resultado de una posición preeminente en el mercado, se imponen precios claramente abusivos.

A quien dice que debe respetarse la libertad de mercado y que no se debe interferir en los precios, le contestamos que estamos de acuerdo con este gran principio de la libertad económica, pero si esta libertad falta y es sustituida por imposición del más fuerte sobre el más débil, no tiene sentido legalizar el abuso de la misma para imponer precios alocados. Esto sí es lo que lleva a la injusticia y a la inseguridad.

*d) Precio "injusto"*

La ley 18.159 impide la imposición de precios abusivos o injustos en uso de la posición dominante en el mercado.

El Art. 86 del Tratado de Roma prohibía la imposición directa o indirecta de precios injustos pues ello va en contra de la encomia de mercado.

El precio justo es el que surge del mercado pero cuando este es genuino y sin falsas o abusivas interferencias. Como bien anota MOSSET ITURRASPE (*Defensa de Consumidor*, Santa Fe, 1998, pág. 203) sería injusto el precio que se aparte sensiblemente de la medida del mercado. Sea por encima o por debajo del precio del mercado, el valor puede ser injusto. Cobrando precios inferiores a los normales también se ejerce una competencia incorrecta.

Con un precio predatorio a la baja lo que se logra es desplazar a los competidores del mercado para luego imponer los precios pro-



pios. En el protocolo del MERCOSUR, como bien destaca el autor citado, se regulan las prácticas restrictivas de la competencia prohibiéndose "XIII) Vender por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo".

En el protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (1996) Art. 6 se prohíbe "la fijación, imposición directa o indirecta, en acuerdo con competidores o individualmente, de precios y condiciones de compra y venta de bienes, de prestaciones de servicios o producción".

En el parágrafo XVI se prohíbe "manipular el mercado para imponer precios".

*e) Consecuencias de la declaración de abusividad*

Las consecuencias de la falta de transparencia respecto al precio o el objeto no son claras y este tema ha suscitado criterios encontrados:

- a) Puede pensarse estando al texto que constituyen "por sí" un caso de abusividad, no siendo necesaria ninguna otra evaluación con referencia a su contenido. Permite aplicar las consecuencias de toda otra cláusula abusiva dando, pase a la posibilidad de reducción de la cláusula por parte del juez.
- b) Podría sostenerse que luego es necesario ponderar su contenido para de allí derivar la existencia de abusividad o no. Según este segundo enfoque primero debe calificarse la transparencia desde el punto de vista formal y si ésta falta, se puede luego entrar en el análisis del contenido del contrato. No toda falta de transparencia formal supone abusividad desde el punto de vista sustancial.

Para nosotros nuestra ley es clara al relacionar la falta de transparencia con el abuso, pero una vez que este abuso pase a consideración del juez, es inevitable entrar en los aspectos sustanciales respecto al significado económico de la falta de transparencia.

La abusividad no es automática por la falta de transparencia sino que luego debe analizarse el alcance real de esa falta de transparencia en cuanto al contenido de la cláusula contractual cuestionada.

**F) Clasificación de las cláusulas abusivas**

La doctrina propone diversos criterios de clasificación. Por un lado se diferencian las cláusulas abusivas de las usurarias; luego están quienes diferencian las cláusulas abusivas de las sorprendentes o insospechadas.





*a) Cláusula abusiva y usuraria*

El abuso en materia de intereses se denomina usura. Siendo usuraria la cláusula pasa a tener un régimen específico peculiar, donde no es posible la reducción a que refiere el art. 31 lit. H de la Ley 17.250 que rige con carácter general, salvo regulación de casos específicos, como éste.

En las operaciones de crédito (art. 1 de la ley 18.212), el abuso en el costo de intereses está expresamente regulado por esta ley. No siendo una operación de crédito de las referidas en la ley aludida, el abuso en los precios es posible en el caso de falta de transparencia en la redacción del contrato (art. 30 in fine de la ley 17.250). La abusividad en la forma (falta de claridad o comprensión) legitima la posibilidad de calificar posibles abusos en (la materia) valores y precios.

En materia de intereses no pueden existir excesos o abusos sino usura, siendo de aplicación las consecuencias de la ley 18.212 (Art. 21). Si existe un precio abusivo que adquiere relevancia por la falta de transparencia (claridad, precisión), se debe recurrir al procedimiento de reducción del art. 31 lit. H de la ley 17.250, debiendo el juez integrar el contrato y establecer el precio justo o equitativo (art. 1291 inc. 2º del C.C.).

*b) Cláusulas sorprendivas y engañosas*

Dentro del género cláusulas abusivas, la doctrina ha diferenciado algunas «especies», como ser las denominadas «cláusulas sorprendivas» y las «cláusulas engañosas».

**I. Cláusulas sorprendivas son aquéllas que aparecen excepcionalmente en los contratos, no siendo frecuente su utilización**

PERTINEZ VILCHEZ (*ob. cit.*, pág. 193) considera sorprendente una cláusula cuando entre el contenido del contrato (en el caso de que las cláusulas fueren válidas) y el conjunto de expectativas del cliente, fundadas en las circunstancias del contrato y su naturaleza, existe una clara discrepancia. Es frecuente ver como al consumidor, por medio de la televisión u otros medios, se le generan expectativas sobre ciertos bienes y servicios y luego ellas no están reflejadas en el contrato.

Como dice STIGLITZ (*Derecho y defensa del consumidor*, Buenos Aires, 1985, Pág. 240) se trata de cláusulas insólitas, inusuales, que toman de sorpresa al consumidor. Por ejemplo, si en un contrato de crédito se impone una cláusula de seguro de vida obligatorio.



En la ley alemana (párrafo 3) textualmente se establece: «No se consideran incluidas en los contratos aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiere podido contar razonablemente con su existencia».

La utilización de contratos por adhesión o similares se presta para incluir sorpresivamente cláusulas que bien se sabe no van a ser meditadas o pensadas por la parte adherente. Se trata, en definitiva, de proteger la confianza que deposita el adherente o consumidor en el empresario o proveedor.

**La ponderación de las denominadas cláusulas sorprendentes, insólitas o inusuales supone considerar si los clientes o las personas a las que va dirigida la misma, podían razonablemente esperar la presencia de una cláusula semejante.**

Para ello debe tenerse en cuenta las representaciones mentales que se hace, no el predisponente, sino el adherente (AGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991 pág. 250).

La determinación de este tipo de cláusula pasa por tres etapas: determinar cuáles eran las expectativas legítimas razonables que podía hacerse el consumidor (cliente) respecto del contenido del contrato; debe luego considerarse el significado de la denominada cláusula insólita o sorprendente y, por último, deben valorarse el grado de novedad o apartamiento de lo que es normal para este tipo de contratos, apreciando si esta variación carece de causa justificada.

La determinación de la existencia de «sorpresas» en la contratación pasa por considerar en primer lugar las circunstancias que rodearon la formalización del contrato: lo que se señaló en la publicidad, la posible creación de ciertas apariencias que no respondían a la realidad y que indujeron a la adhesión. Así, cuando la publicidad crea una determinada expectativa sobre aspectos concretos de la negociación, caracteres del bien o del servicio; previos o formas de pago... que luego se advierte que no se vieron reflejados en el contrato.

Otro criterio para determinar lo sorprendente de una cláusula se encuentra en la ponderación de la cláusula frente a la naturaleza del contrato. O sea, si la cláusula desvirtúa el tipo de contrato de que se trata y le hace perder al mismo su función caracterizadora.



Toda cláusula sorpresiva, además de tener este carácter debe ser, en cuanto a su contenido, «abusiva». En realidad estas cláusulas son abusivas con la peculiaridad de que, además, se utilizaron artilugios o engaños complementarios. El consumidor confía en la lealtad del proveedor y que éste no lo engañará. Por su parte el que emplea este tipo de engaños trata de crear una apariencia de seriedad para inspirar esa confianza. En estas circunstancias el grado de intencionalidad con el que se programa el abuso es sensiblemente mayor.

A modo de ejemplo, se consideran cláusulas sorpresivas aquellas que buscan, por ejemplo, formalizar proyecciones futuras de contrato haciendo que la parte quede obligada a contratar en el futuro con determinada empresa o en determinadas condiciones. En otros casos se abrevian los plazos de las caducidades o se cambia la distribución de riesgo de la forma como se venía haciendo hasta el momento. Cuando se contrata una parte elige a la otra porque le genera legítimas expectativas dentro de lo razonable que las cosas ocurrirían de determinada forma al contratar.

Damos importancia al tema porque se vincula directamente con el Art. 1291 del C.C. inc. 2º cuando establece que “los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes”. El contrato obliga a algo más, o sea, a las circunstancias naturales a lo que es propio del contrato en cuestión.

**El deber de ejecutar los contratos de buena fe es lo que obliga a respetar las expectativas legítimas.** En la existencia de expectativas legítimas juega un papel importante la publicidad que, como sabemos, en el ámbito de los contratos de consumo pasa a formar parte del contrato y obliga (Art. 13 de la ley 17250).

Las cláusulas sorprendentes suelen caracterizarse, además, por desnaturalizar el contrato y de allí otra forma de abuso. Las cláusulas sorpresivas parten del supuesto de que el adherente más que estudiar el contrato confía en que su contenido es el normal para el tipo de operación que realiza. **Se tutelan las expectativas legítimas y la confianza, y esto es lo relevante.**

El consumidor razonablemente no podía suponer que introducirían en el contrato determinada cláusula por no tener nada que ver con lo conversado, con la presentación del producto y sus cualidades, etc. **Para calificar las expectativas opera el principio de la razonabilidad** que supone ponderar cómo hubiera razona-

do o pensado otra persona en similar situación (circunstancias de tiempo y lugar) que ocurrirían las cosas.

En definitiva, se parte de la base de que el adherente no lee el contrato y que confía en las expectativas que se le generaron.

Cuando se dan cláusulas sorprendentes es porque generalmente se transgredió el deber de transparencia. Este tipo de cláusula puede considerarse abusiva en el entendido de que el enunciado del Art. 31 de la ley 17250 no es taxativo.

## **II. Cláusulas engañosas: sea por el tamaño, las expresiones, las remisiones... se le hace creer al consumidor en una realidad contractual que no es tal**

En muchos casos el abuso no aparece sólo en querer imponer un descarado desequilibrio económico en la prestación, sino que de lo que se trata es de preparar una estrategia de engaño como resultado de la cual al adherente le sea muy difícil, sino imposible, poder conocer de qué se trata el denominado contrato.

Así, una cláusula es engañosa cuando por su tamaño, por la forma de presentación, por el lugar donde se ubica para ser leída... queda a las claras en evidencia que se trató de engañar al adherente, pues pretender que sea leída la «**maraña tipográfica**» que se propone, sólo podría ser posible con «una lupa» o instrumental adecuado con que por cierto no cuenta el usuario o consumidor en el momento de requerir el bien o servicio.

Una cláusula es engañosa cuando su utilización se coordina con la realización de publicidad que primero busca captar la confianza o el interés del producto y luego en ese clima de engaño, se hace más propicia la inclusión de cláusulas que además de abusivas, se aceptan en un clima anteriormente preparado con la clara intención de inducir a engaño al consumidor.

Una cláusula es engañosa cuando emplea términos técnicos o confusos que tienden a esconder su verdadero significado. Se le pone delante del contrato una verdadera careta, detrás de la cual se esconde el verdadero rostro de lo que se quiso dar por aceptado. Una cláusula o un conjunto de cláusulas son engañosas cuando no se le brinda a la contraparte la información mínima imprescindible sobre lo que realmente contiene el contrato. El adherente en la mayor parte de los casos no se da cuenta de lo que «le hacen firmar», siendo éste otro factor externo que prueba la existencia de toda una estrategia de engaño.



Una cláusula o un conjunto de cláusulas pueden ser engañosas cuando utilizan el reenvío a documentos que no están al alcance del adherente, lo que significa aceptar lo que fehacientemente no se tuvo ocasión de leer.

A modo de síntesis, éstas y otras circunstancias terminan por evidenciar la existencia de una estrategia de engaño implícito en las cláusulas, más allá del hecho de que en su contenido intrínseco en lo que a los aspectos económicos se refiere, importen, además, la existencia de graves desproporciones en las obligaciones asumidas por las partes. El engaño al adherente puede causarse desde dos puntos de vista: el primero en lo que respecta al contenido real de la cláusula, y el segundo respecto a la forma como se presenta la cláusula. En este caso, la falta de legibilidad; el «maquillaje» (BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, París, 1976, pág. 37) con que se presentan para disimular el contenido real; la remisión a otros documentos que no dispone el adherente son indicios claros de abusividad.

Las consecuencias de la cláusula abusiva dependerán, en última instancia, del rol que ésta cumple en el contrato y de la situación de desequilibrio que se produzca en la eventualidad de que se elimine lo abusivo.

En la cláusula 6ta. de la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea se señala con claridad que los Estados miembros establecerán que: «no vincularán al consumidor... las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato sigue siendo válido para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

O sea, el criterio es despojar al contrato de lo abusivo y si es posible mantener la validez del contrato. La norma respecto a la consecuencia de enfrentar una cláusula abusiva es clara al disponer **la nulidad parcial necesaria**.

Así la nulidad parcial parece ser la regla y la nulidad total sólo cuando esto resulta necesario en atención al grado de afectación que determina esa cláusula sobre la totalidad del contrato.

## G) Consecuencias de las cláusulas abusivas

### a) *Presentación del tema*

El criterio general está en que las cláusulas abusivas no obliguen al consumidor o al afectado. En el caso la norma es clara al disponer

la nulidad de estas cláusulas en forma radical o de pleno derecho sobre el alcance de dicha cláusula.

No se estaría ante casos de anulabilidad o nulidad relativa sino de nulidad total de la cláusula en cuestión siendo indisponible por las partes pues el ordenamiento jurídico las reprueba en forma directa sin que se considere en este aspecto el interés de las partes. En estos casos las cláusulas son nulas más por lo que dispone el orden jurídico que por el interés del consumidor

*b) Nulidad virtual*

Si se estudia las consecuencias de una cláusula abusiva existente al margen de una relación de consumo lo primero que debemos preguntarnos es cual es su consecuencia práctica.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existen aún normas que en forma clara regulen lo relativo a las cláusulas abusivas salvo las previsiones existentes en el ámbito de las relaciones de consumo, nuestro razonamiento debe partir de lo que con toda claridad prevé el artículo 8 del C.C. al señalar: «la renuncia general de las leyes no surtirá efectos. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario». En consecuencia, cuando el acto es ilícito (la cláusula es ilícita) la consecuencia inmediata es la nulidad lo que supone la privación de los efectos propios o normales del acto.

En esta instancia corresponde plantearnos el hecho de que para muchos casos no existiría un texto que con relación a determinada cláusula imponga como consecuencia la nulidad. De donde podrá decirse que no existe nulidad sin texto expreso habilitante.

Partiendo del principio de la especialidad o taxatividad de las nulidades podría volverse difícil la aplicación de las consecuencias anulatorias. Sucede que en nuestro derecho a partir precisamente del artículo 8; del artículo 1288; 1261 del Código Civil se siguen criterios generales de donde se llega a la nulidad en forma «implícita» o «virtual» sin texto expreso. (GELSI BIDART, *De las nulidades en los actos procesales*, Montevideo, 1949; PEIRANO FACIO, *Curso de Obligaciones*, Montevideo, 1957, t. VI).

En nuestra doctrina se ha suscitado una interesante polémica acerca de la consagración de las nulidades virtuales: GAMARRA (*Tra-tado...*, t. XVI, Pág. 22), señala que PEIRANO FACIO no admite las nulidades virtuales pues invoca el principio de que no hay nulidad sin ley que las establezca, mientras que en su opinión la categoría de las nulidades virtuales se impone necesariamente.



PEIRANO (*Ob. cit.*) aclara que la determinación de la legalidad de la nulidad no quiere decir que la ley deba de emplear necesariamente el término nulidad. Lo que sí es cierto es que para que se pueda pensar en nulidad debemos partir de un criterio que al menos en forma genérica parta de la norma, se entienda ésta en su alcance formal «strictu sensu» o integral. (Ley, moral, orden público, principios generales, etc.).

Cuando se parte del artículo 1288 del CC., no se está ante casos de nulidades virtuales si por tales se entienden aquellas en las que la norma nada dice acerca de las consecuencias que produce la irregularidad de que se trate. Claro está que la «nulidad» es la sanción con la que el orden jurídico da respuesta a la cláusula abusiva en la medida en que la misma importa una transgresión al orden público o las buenas costumbres, o bien importa un claro apartamiento del comportamiento debido atento al principio que impone actuar de buena fe.

Según la entidad de lo que resulta afectado del contrato por la cláusula abusiva, la consecuencia podrá ser la existencia de una nulidad absoluta o parcial no siendo necesaria una descripción exegetica por parte de la norma para poder tipificar este tipo de sanciones.

*c) Naturaleza jurídica. (Nulidad Parcial)*

La normativa en materia de relaciones de consumo con claridad establece que la consecuencia de la cláusula abusiva es su nulidad.

Con respecto a la determinación del tipo de nulidad que puede causar una cláusula abusiva o prohibida debemos estar a las consecuencias que la misma puede desplegar sobre todo el negocio, atendiendo a la finalidad práctica seguida por las partes y considerando muy especialmente el principio de la conservación del contrato.

En consecuencia, si la nulidad de la cláusula no afecta la esencia del negocio la validez de las restantes cláusulas no se verá afectada, siendo de aplicación otro principio que refiere a la «incomunicabilidad de la nulidad» o sea, que no necesariamente la nulidad de una cláusula motiva la nulidad de todo el contrato (VON THUR, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1952, t. IV, pág. 314). Es perfectamente posible declarar la «nulidad parcial» de un contrato.

La declaración de nulidad parcial de alguna cláusula que se considere abusiva plantea de inmediato otro problema que es el de si es posible mantener el contrato sin esa cláusula o bien, si es necesario suplir esa amputación integrando el contrato de acuerdo a los principios generales del derecho contractual.

En el derecho comparado existen pronunciamientos por la admisión de las nulidades parciales y si la subsistencia de las cláusulas que quedan vigentes determina soluciones injustas, el juez debe integrar el contrato de acuerdo a las reglas generales del derecho contractual. Sin pretender profundizar en el tema de las nulidades parciales, el aspecto central a dilucidar en estos casos radica en la incidencia que puede tener la nulidad parcial sobre el negocio jurídico en su totalidad.

BETTI (*Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, 1957, pág. 360) señala que en estos casos es posible tanto la solución según la cual la invalidez se mantiene como parcial, circunscrita a la parte del negocio afectada, o bien, puede ocurrir que la parte viciada por su importancia arrastre tras de sí, y someta al régimen de invalidez, también a la parte sana del negocio dando lugar a su invalidez total.

En el derecho comparado algunas legislaciones regularon en forma expresa el tema: Así, en el párrafo 139 del Código Civil Alemán se prevé: «si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico, al menos que deba de entenderse que el negocio jurídico hubiera sido celebrado sin la parte nula». Por su parte en el artículo 1419 del Código Civil Italiano se establece: «la nulidad parcial de un contrato y la nulidad de singulares cláusulas del mismo acarrearán la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad».

En realidad, ambas normas están a lo que pueda surgir de la voluntad de las partes diferenciándose en la diversa imposición de la carga de la prueba.

En nuestro derecho no existen normas similares pero, como viéramos, existen regulaciones de casos concretos en los que se establece la nulidad parcial. Creemos que es posible pensar en nuestro derecho en nulidades parciales en la medida en que éstas no afecten los aspectos estructurales básicos del negocio. En otro orden ciertas directivas que rigen en materia de interpretación de contratos nos indican que «las cláusulas susceptibles de dos sentidos, el uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero». O sea, en caso de duda entre la nulidad o validez, debe optarse por esta última y de aquí deducimos que si la duda está entre la nulidad absoluta o la nulidad relativa debería optarse por este último caso. **El principio de la conservación del contrato proyecta sus efectos en estas circunstancias de forma de que en lo**



**posible debe tenderse a mantener la existencia del contrato aún en el caso de que alguna de sus cláusulas sea inválida.**

Resulta esencial para la comprensión de las soluciones que se dan a los casos de nulidad parcial por cláusula abusiva o ilícita, considerar la autonomía de la voluntad, reconocida como creadora del negocio jurídico, no despliega sus efectos por su sola esencia sino que en su activación determina ciertas consecuencias, ciertos efectos jurídicos que surgen del mismo ordenamiento jurídico dispositivo según cada caso. Tales efectos –como bien lo señalara BETTI (*Ob. cit.*, pág. 47)– se producen en cuanto están dispuestos por las normas, las cuales acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada se remiten a él como supuesto necesario y suficiente.

Nos interesa destacar aquí que en definitiva, es la ley la que determina la mayor parte de los efectos jurídicos que despliegan los actos nacidos de la autonomía de la voluntad.

Existe una cierta tendencia en exagerar los alcances reales de al autonomía de la voluntad que lleva a pensar que, en definitiva, ésta es omn creadora pues opera no sólo en forma directa por lo que se declara sino también en la esfera de las presunciones considerando lo que se debió tener en cuenta, o lo que pudo ser considerado por las partes cuando existiendo ausencia de voluntad es necesario llenar un vacío. Mosco (*La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, pág. 63) con precisión redondea esta idea señalando que los efectos negociales derivan inmediatamente, de la voluntad privada y mediatamente, de la ley, destacándose que no todos los efectos del negocio derivan de la voluntad privada sino también de la norma dispositiva. Autores del prestigio de CARIOTA FERRARA (*El Negocio Jurídico*, Madrid 1956, N° 88, pág. 299 y ss) sostienen que en el caso de omisiones de previsión por las partes acerca de un aspecto importante del negocio o aún en los casos en los que debe procederse a la sustitución de la voluntad expresada en una cláusula dispuesta como abusiva o ilícita, es preciso «buscar aquella voluntad que las partes hubieran podido tener, no una que hayan efectivamente tenido, ya que se ignoraba la eventual invalidez del negocio». Sobre esta «voluntad hipotética» sería posible para el autor reconstruir el negocio teniendo en cuenta el objeto práctico perseguido por las partes.

**Pensamos que estas «teorías voluntaristas» son realmente riesgosas pues pueden terminar por convertir al derecho en una «ciencia ficción» del momento que todos bien sabemos que esas voluntades hipotéticas o presumidas en realidad son inexistentes.**



El Código Civil no refiere a la figura de la nulidad parcial del contrato pero su elaboración doctrino jurisprudencial cuenta con importante respaldo del momento que con ella se conserva el contrato a pesar de la existencia de vicios o irregularidades. Propagar o extender la nulidad más de lo necesario afecta a la autonomía privada. No más destrucción que la necesaria y no más negocio que el querido.

En cuanto a la naturaleza jurídica del fenómeno que se da ante la presencia de una cláusula abusiva, debemos considerar si la misma por su entidad determina o refiere a la esencia del contrato en cuyo caso estaremos ante un caso de objeto ilícito (art. 1288 del C.C.), pudiendo la nulidad llegar a ser absoluta. Así, por ejemplo, la cláusula que exonera de responsabilidad por hechos dolosos.

Corresponde refrescar aquí la idea de que en nuestro derecho lo ilícito no es sólo actuar contra la legalidad sino apartarse de todo lo que supone el respeto de la moral, el orden público, los principios generales del derecho y de los contratos (como el actuar de buena fe) tema desarrollado en nuestro derecho por PEIRANO FACIO con su habitual maestría (*Responsabilidad Extracontractual*, Nº 123, pág. 246).

**La nulidad parcial es en beneficio del consumidor a quien suele no servirle que desaparezca en estos casos todo el contrato.**

En la Ley 17.250 Art. 31 "in fine" se previó «la inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el juez integrará el contrato. Si hecho esto el juez apreciar que con el contenido integrado del contrato se careciere de causa, podrá declarar la nulidad del mismo».

Ello supuso considerar que lo abusivo es ilícito y determinante, por tal, de nulidad. La sanción de lo ilícito es la nulidad que en el caso opera en forma subsidiaria, o sea, en la medida en que sea imposible reducir la cláusula y volverla a una postura equilibrada.

En conclusión, las cláusulas abusivas, al estar prohibidas por las normas de orden público (artículo 1 de la ley 17.250 y art. 8 del C.C.) suponen transgresión de estas disposiciones y causan nulidad. **El legislador legitimó la figura de la nulidad parcial (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Pág. 230 y 231) y la figura de la nulidad virtual.**

Al poder declararse nula una sola cláusula y no la totalidad del contrato por ley, aparece la figura de la nulidad parcial.

Para GÓMEZ CALERA (*La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pág. 37), esta nulidad que genera ineficacia parcial por causa de inva-



lidez parcial ocurre cuando una de las cláusulas del contrato deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada. La cláusula no es parcialmente nula sino totalmente nula, de donde lo correcto es aludir a «nulidad parcial en la totalidad del contrato».

La nulidad parcial es absoluta en tanto surge de la transgresión de disposiciones de orden público, y en consecuencia se puede disponer de oficio o a petición de parte (art. 1561 del C.C.). La sentencia que lo dispone es declarativa.

**La posibilidad de nulidad parcial de carácter absoluto en un contrato por la abusividad de alguna de sus cláusulas se sustenta en la aplicación del principio de la conservación del contrato.**

Lo normal hubiera sido que, conforme al régimen jurídico vigente, la existencia de una cláusula abusiva nos llevara a una ilicitud que pudiere generar responsabilidad contractual, pero en el caso se habla de nulidad y no de ilicitud. Como dice LORENZETTI (*Defensa del Consumidor*, pág. 280), frente a algo mal hecho no se castiga al proveedor con la expulsión del ordenamiento sino con «la reconversión del pecador», manteniendo los efectos pero convertidos, civilizados.

Corresponde aclarar, como lo hace Rorpo (*ob. cit.*, pág. 571) que, si esta nulidad afecta cláusulas en las que se refleja el objeto o la causa del contrato, ello puede determinar la nulidad absoluta total del contrato, no siendo posible la supervivencia del contrato.

Para fundar la nulidad relativa no hace falta recurrir a voluntades presuntas referentes a cuál hubiera sido la intención de las partes ante la falta de tal o cual cláusula sino que se debe analizar “la compatibilidad” de lo que sale con lo que queda y ver si es compatible con los intereses originarios de las partes.

*d) La conservación del contrato y la incomunicabilidad de las nulidades*

Se aplican aquí dos principios contractuales que son el de la conservación y el de la incomunicabilidad de la nulidad; o sea, se conserva el contrato en cuanto sea posible y la nulidad de la parte no necesariamente afecta al todo (VON THUR, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1952, t. IV, pág. 314). **Puede ocurrir sí que la nulidad parcial, por su gravedad, arrastre al todo, o bien que pueda ser subsanada o «reducida»** (sustituida). BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1957, pág. 360) señala que, según el tipo de nulidad parcial de que se trate, es posible que afecte la validez de parte del contrato, o de su totalidad. Ello se debe a que el criterio rector, como bien lo marca

Roppo (*Ob. cit.*, pág. 570), es el de mantener o de preservar el contrato más allá de la abusividad para proteger al consumidor.

*e) Otras nulidades parciales*

En nuestro derecho existen en el Código Civil otros casos concretos de nulidad parcial. Así, el artículo 1878 del C.C., al regular la nulidad del pacto leonino en las sociedades; en el art. 2338 del C.C., al regularse el pacto comisorio en las hipotecas; al prohibirse pactos de exoneración de responsabilidad a favor del hotelero, art. 2238 del C.C. También en el Código de Comercio tenemos similar situación en los artículos 170 y 643.

Finalmente, en el art. 31 se establece que si el juez no pudiera lograr el equilibrio del contrato mediante la subsanación de una nulidad parcial, podrá disponerse la nulidad total del contrato por la abusividad de alguna de sus cláusulas.

*f) Fundamento*

La razón de ser de la nulidad parcial, que es de origen legal, es evitar que el predisponente pueda alegar que él no quiso contratar sólo con las cláusulas que quedaron válidas. La nulidad absoluta en ciertos casos –como dijimos– puede afectar al consumidor, y es por ello que se permiten las nulidades parciales.

Preocupan «las maniobras» para las que se puede prestar el último inciso, pues, como dijo CLAVERIA GOSALBEZ (*El contrato de las condiciones generales en los contratos*, Madrid, 1990, pág. 131), esta última parte de la norma puede convertir en «papel mojado» al inciso anterior, y en ilusoria la protección que se pretende dar al consumidor, pues quien sabe de contratos se las ingeniará para que si se llega a disponer la nulidad de ciertas cláusulas, ello afecte los aspectos sustanciales del contrato, no siendo posible la reconducción judicial.

*g) Relevancia de oficio*

Se trata de una norma de orden público la que respalda este tipo de nulidad de referencia y por tanto el juez podría de oficio disponer la nulidad parcial si ponderara la existencia de abusividad.

**La norma no lo dice expresamente como en otras legislaciones pero en aplicación de los principios generales consideramos que el juez de oficio puede calificar la abusividad parcial o total de la cláusula pues ello se justifica plenamente en la necesidad de proteger al consumidor que generalmente desconoce sus derechos.**

La sentencia de carácter declarativo puede pronunciarse sobre el punto.

Corresponde agregar que no sólo el juez puede estar legitimado de oficio a hacer valer estas cláusulas abusivas sino que las Asociaciones de consumidores pueden tener legitimación colectiva en la defensa de los intereses difusos que pueden estar en juego (Art. 42 del C.G.P.).

*h) Prescripción*

Lo que prescribe no es la nulidad sino la acción de nulidad. Estamos ante un caso de nulidad legal que no se origina en un vicio del acto sino en la ilicitud de la conducta que propició la abusividad.

Respecto del plazo de prescripción, en ausencia de régimen especial se aplican las disposiciones generales del Código Civil en materia de nulidades absolutas.

En nuestro país, frente a quienes sustentan la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas, estamos quienes entendemos que al menos debe tenerse en cuenta la prescripción de las acciones civiles que hoy se ubica en 20 años (Art. 1216 del C.C.). Los 20 años se computarían desde que es posible plantear la acción, o sea, desde que la cláusula tuvo algún efecto o se pretendió aplicar.

*i) Daños y perjuicios*

Si la nulidad causada por el predisponente es absoluta, no siendo posible la reducción del contrato, ello se puede traducir en daños y perjuicios para el adherente que deben ser resarcidos.

El predisponente debe reparar los daños causados por el uso de cláusulas abusivas anuladas.

El perjuicio resarcible refiere al interés contractual negativo o sea se debe ubicar al adherente en la misma posición que estuviera si no hubiere realizado el contrato nulo. Abarca la reparación de gastos que se tuvieron e incluso el costo por pérdida de oportunidades. El valor por diferencia de valores de lo que se perdió de adquirir y ahora debe enfrentarse nuevos precios.

*j) La reducción supletoria conservadora de la validez del contrato*

**I. Presentación del tema**

Ante el abuso injustificado de la cláusula en el contrato el juez es llamado a intervenir no tanto para cambiar la voluntad o revisar



la voluntad de las partes sino para encauzarlas a la legalidad, al equilibrio y la justicia.

La doctrina ha evolucionado en la aplicación diferentes conceptos a la hora de determinar en qué consiste **la labor del juez cuando debe "suplir" una cláusula abusiva por otra que no lo es y conservar el contrato en forma equilibrada dentro de lo previsto por las partes.**

El juez: ¿interpreta la voluntad ausente de las partes? ¿Integra el contrato? ¿Revisa la voluntad de las partes? ¿Convalida lo nulo? ¿Sustituye lo querido por las partes?

Como bien lo anotara PASQUAU LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pág. 333), convalidar un acto nulo no es posible pues la nulidad refiere en principio a un defecto intrínseco al acto y parece imposible cambiar el acto originario. Los actos de convalidación son nuevos y son actos posteriores y se concibe cuando se llega a un nuevo entendimiento y un nuevo acuerdo que no es el caso que nos ocupa.

El juez es llamado por la norma a ajustar el contrato a la legalidad y al equilibrio y en cuanto tal, en realidad no cambia la voluntad de las partes pues ésta nunca pudo apartarse de la legalidad y si lo hizo, al encauzar el contrato, no transgrede lo ilícito sino que lo subsana sustituyendo lo incorrecto por lo justo y equilibrado.

## II. La buena fe en función supletoria o de reducción

Una vez que se elimina lo abusivo debemos recordar que la autonomía privada no está integrada sólo por lo acordado y que la voluntad no es exclusiva ni excluyente ocupando la norma los usos y la buena fe parte de esta realidad. En términos de RODOTA (*Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969 pág. 527) se advierte cómo el contrato es una estructura normativa abierta

Aquí se da la peculiaridad de que la nulidad no aparece tanto por un defecto estructural sino por el apartamiento de ciertos derechos que son los que deben ser restaurados, ajustándose el contrato a la normativa dejada de lado.

No existiendo normas imperativas, podría pensarse en primera instancia que en la labor de integración puede recurrirse a la voluntad presunta o hipotética de las partes. Ocurre que en los contratos por adhesión, precisamente, lo que faltó fue negociación del contrato y lo único que tenemos es una predisposición unilateral. Por ello no es posible en el caso recurrir, ni aún pre-



sumiblemente, a voluntades hipotéticas. En estos casos se debe recurrir a las normas dispositivas propias del tipo contractual de que se trata.

En doctrina se utiliza la denominación de «reducción» para identificar el resultado de la labor de integración que se realiza por el juez para suplir los efectos de la nulidad parcial de una cláusula contractual abusiva

**La regulación sustitutiva que más se adapta a la realidad del contrato y la normativa dispositiva subyacente, supone «reducir» el contrato a la normativa vigente.**

Esta operación suele denominarse reductibilidad del negocio o reducción conservadora de la validez (ÁGUILA REAL, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 403).

Si la nulidad parcial se produjo por transgredir una «norma imperativa» la labor de reducción llevará a que se respete la norma por encima de lo establecido por el acuerdo de partes. Así, por ejemplo, si no se respetaron los máximos previstos en materia de intereses para préstamos de dinero... opera la nulidad parcial y se debe aplicar estrictamente la norma violada (norma imperativa con eficacia sustitutiva, GORDILLO, «La Nulidad Parcial del Contrato con Precio Ilegal», *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pág. 101).

Desde nuestro punto de vista, el derecho imperativo tiene función de modelo y de imposición de sus objetivos. Configurando el presupuesto de aplicación no puede evadirse su vigencia recurriendo a la nulidad causada por la transgresión de la norma imperativa sino que debe prevalecer en sus efectos. Así, lo acordado por las partes debe «reducirse» o ajustarse a lo que imperativamente impone el orden jurídico vigente.

Si se afectan elementos esenciales del contrato como ser los referentes al precio o el objeto la nulidad puede ser irreparable. Si se afecta la causa o el objeto, ya no será nula la cláusula sino el mismo contrato no siendo posible su conservación o reducción.

### **III. Facultades del juez en la función supletoria o de reducción**

Lo primero que debe hacer el juez es determinar si es posible o no reducir la cláusula cuestionada sin que el contrato este ya viciado de nulidad absoluta. Luego tiene que determinar si lo abusivo se resuelve aplicando una norma transgredida u omitida, priorizando la aplicación de dicho contenido. Así, en términos

generales, la recomposición o reducción en estos casos parte de la norma que se dejó de lado.

En parámetros de lo que supone en el caso actuar de buena fe, restaura las prestaciones reincorporando un equilibrio perdido. Para ello puede corregir textos como forma de suprimir ilicitudes.

BERCOVITZ - RODRÍGUEZ CANO (*Comentarios de la ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2000, Pág. 303) señalan que no es posible que con la "brocha gorda" de la nulidad se terminen por hacer regalos al adherente en el sentido de suprimir más allá de lo necesario contenidos favorables para el adherente.

El juez interviene en la cláusula nula parcialmente y recompone su contenido pudiendo, según los casos, en el proceso de reducción, ajustar también otras cláusulas que permiten mantener el equilibrio general y distributivo que debe lograrse. La cláusula no es un número o una realidad meramente formal sino un contenido y cuando es sustituido debe considerarse su significado dentro de la globalidad del contrato.

Como señalan los autores antes enunciados, el juez no queda vinculado por la redacción del predisponente y en su propuesta alternativa puede cambiar la redacción.

CRISCUOLI (*La nullita parziale nel negozio giuridico*, Milano, 1959, pág. 729) considera que el juez tiene en el caso tres posibilidades a) eliminar la cláusula sin más, desapareciendo con ello la abusividad, dando implícitamente prioridad a la norma prohibitiva o imperativa violada.

b) sustituir la cláusula transgresora imponiendo la normativa dispositiva con contenido equilibrante.

c) reducir o ajustar a una solución equilibrada, donde cuenta con amplio margen de discrecionalidad para recomponer el contrato en parámetros de buena fe debida.

#### IV. La reducción en el Código Civil

El propio Código Civil en distintas circunstancias aplica la figura de la reducción para mantener la validez del contrato. Así tenemos la reducción de las denominadas donaciones inoficiosas (art. 1640), la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan las legítimas (art. 890), la reducción de la obligación del fiador a los límites de la asumida por el deudor fiado (art. 2108),



de ello se deduce que existiendo una norma imperativa debe respetarse con carácter general su alcance y ajustarse la realidad negocial a lo que de ésta surja.

**La reducción al derecho dispositivo vigente surge impuesta por lo ordenado por el artículo 1291 inciso 2 del C.C. y aparece para limitar los excesos en que se incurrió con determinada cláusula.**

El recurso al derecho dispositivo y en su defecto a los usos, la equidad y la buena fe constituyen una forma adecuada de integrar el contrato ante casos de nulidad relativa.

En nuestro derecho se ha sostenido que en situaciones de nulidad parcial, debe procederse a reconstruir la voluntad de los contratantes (GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, 1976, t. XVI, pág. 101). En concreto debe establecerse cual hubiera sido la voluntad que habrían tenido (los contratantes) si hubieran sabido que una parte del contrato está privada de eficacia.

**Pensamos que no se trata aquí de inventar «voluntades presuntas» que bien se sabe nunca existieron sino que en estos casos debe transitarse por otro camino que es el de la integración del contrato a través de lo que con toda claridad ordena el artículo 1291 inc. 2º del C.C. El vacío que deja la cláusula anulada cuando no afecta la validez total del contrato debe suplirse, entonces, por una labor de integración y no de captación de voluntades «fantasmas».**

La regulación del tema de la nulidad parcial de los contratos por contener cláusulas abusivas dentro de la temática de la protección al consumidor, pasa por el hecho de que en la generalidad de los casos disponer la nulidad total puede ser perjudicial incluso respecto a quien se trató de obtener una ventaja injusta con la cláusula abusiva (consumidor). El consumidor que formalmente aparece como un adherente a un determinado contrato puede verse más perjudicado con la nulidad total que con la parcial referida sólo a cierta cláusula. El riesgo de hacer caer todo el contrato por pedir la nulidad relativa de una cláusula podría llevar incluso a que no se planteara ni siquiera esta hipótesis.

Si lo abusivo o ilícito de la cláusula se concretó en haberse apartado de una «norma imperativa» lo lógico es que la reducción (integración), como se dijo, se realice con el respeto debido a dicha normativa.

Como es sabido, el contenido del contrato surge de lo acordado por las partes y el efecto del mismo surge de la coordinación de lo querido por las partes con lo que surge del ordenamiento jurídico vigente (normas imperativas o dispositivas) que opera en muchos casos en forma supletoria y complementaria. Siguiendo un orden lógico el juez debería comenzar por analizar en cada caso si las partes previeron la eventualidad de la nulidad de la cláusula en cuestión. Descartada esta hipótesis, que se considera por cierto poco probable, al amparo de lo establecido por el artículo 1291 inciso 2º del C.C., dado que los contratos no obligan sólo a lo que en ellos se expresa sino a «todas las consecuencias que según **su naturaleza** sean conformes a la equidad, al uso o a la ley» debemos considerar si de estos elementos surgen pautas para proceder a la integración parcial del contrato. Así, si existe «norma dispositiva» que pueda aplicarse en forma supletoria, ello debería hacerse.

Si ello no ocurre, debería partirse de «**la naturaleza del contrato**» celebrado, ponderar los equilibrios de las prestaciones propios de tal o cual tipo contractual, y proceder a la integración de lo anulado conforme a las pautas de equidad a las se remite la norma señalada.

El derecho dispositivo en estos casos tiene la función de suplir la voluntad de las partes no sólo cuando ésta está ausente por omisión en las previsiones sino cuando ésta es eliminada en parte por cuestionamiento de su legitimidad.

Consideramos que en este proceso de integración la aplicación del principio de la buena fe constituye el principal instrumento de carácter genérico puesto por el ordenamiento jurídico a disposición del Juez con el fin de que éste pueda realizar un control efectivo realista y justo de la ecuación económica del contrato. En el derecho contractual clásico se recurría a las voluntades «presuntas» o «hipotéticas» pero pronto se advirtió la ficción que estaba insita en toda esta línea argumental, desplazándose entonces el punto de análisis a la ponderación de la misma naturaleza del contrato (causa) y la justificación económica del intercambio a luz de un proceder de buena fe. A la hora de tener que suplir las deficiencias causadas por la nulidad relativa que pudo determinar una cláusula abusiva el padrón rector en el fenómeno de la necesaria integración que debe realizarse al contrato parte del principio de la buena fe.



La finalidad del orden jurídico al disponer la nulidad de lo abusivo es sancionatoria respecto del infractor de la norma. El juez al reducir el contrato a la legalidad no busca, en realidad, tanto sancionar como proteger la libertad del adherente o parte débil del contrato y, en definitiva, se protege al contratante como persona en su libertad de decidir.

#### V. Análisis del Art. 31 literal H de la ley 17.250

En el artículo 31 Lit. H de la Ley 17.250 se dispuso que en caso de nulidad parcial «el juez integrará el contrato». Esta forma de integración tiene la peculiaridad de tender a ajustar el contrato a la norma vigente y aplicable al caso (ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1995, pág. 403).

El juez busca la recomposición del contrato en su equilibrio prestacional. La función de reducción se diferencia de la de integración en que aquí no «se llenan espacios vacíos» sino que «se sustituyen abusividades», lo que por cierto no es igual.

Por ello, como ya lo sostuvimos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, pág. 233), **corresponde presentar esta operación como supletoria o de reducción y no como de revisión pues aquí no se está cambiando nada sino que se está sustituyendo lo ilícito por lo lícito, reduciéndolo al orden jurídico vigente.** Dentro de las funciones peculiares que cumple la buena fe en el contrato está, precisamente, la de marcar la extensión o límites del alcance de sus prestaciones evitando abusos, tendiendo a la reducción del contrato por parte del juez.

No se trata de determinar o inventar qué es lo que las partes hubieren querido sino lo que debe, en primer lugar, es naturalizar el contrato volviendo aplicables normas o criterios generales que sin justa causa la parte predeterminante pretendía evadir. Luego se debe considerar con criterio de proporcionalidad cuál debió ser una regulación razonable del contrato.

El predisponente debe sufrir la aplicación de criterios de distribución de derechos y beneficios más estrictos que los que él intentaba imponer, como si hubiere actuado de buena fe y en forma equilibrada y justa. Se procede de esta forma a la reducción conservadora de la validez, revirtiendo el efecto de los desequilibrios injustificados impuestos por el predisponente.

El afectado, o sea, el adherente, por este lado puede llegar a nivelar el contrato sin temor a perder la exigibilidad del contrato, sobre todo cuando éste le traía determinados beneficios<sup>31</sup>.

## H) Cláusulas abusivas en particular

### a) *Presentación del tema*

En los contratos, la abusividad con que ha actuado una parte sobre la otra puede evidenciarse en una cláusula o en varias cláusulas del mismo documento.

Del análisis de todo el entorno negocial surgirá la evidencia de que existe una situación de predominio contractual realmente notorio de una de las partes que se traduce en una notoria e injustificada desventaja para la otra.

Pretender un enunciado completo de cuáles pueden ser estas cláusulas abusivas es realmente una «misión imposible» del momento que pueden referir a una gama interminable de materias, lo que llevaría a cualquier enunciado a ser incompleto.

La evolución en el estudio de este tema ha motivado que en las diferentes legislaciones se haya regulado la denominada «lista negra», o sea, el enunciado de las cláusulas prohibidas que adquieren esta calificación del momento que son las que se utilizan con más frecuencia para cometer abusos. Ello no quiere decir que las no incluidas queden admitidas, sino que al enunciado antes referido suele acompañarse una prohibición genérica a la cláusula abusiva.

En primer lugar, señalamos que **el enunciado de cláusulas abusivas que aparece en el art. 31 no es taxativo**, en la medida que establece: «Son consideradas cláusulas abusivas, **sin perjuicio de otras...**».

Quizás lo más recomendable hubiera sido seguir el giro de redacción de la Directiva de la CEE 93/13 de 5 de abril de 1993, donde en lugar de afirmar «son cláusulas abusivas», se dice «pueden ser declaradas abusivas», máxime que, como veremos a continuación, en muchos casos se dependerá de que haya existido o no causa de justificación para utilizar este tipo de cláusula.

**El juicio de abusividad sobre una cláusula no se produce en forma automática y necesaria, sino que, como bien anota PAGADOR LÓPEZ (ob. cit., pág. 77), aparece mediatizado y condicionado por**

31 Al estudio del tema volvemos en el nº 22 lit. H k.



**una actividad de apreciación y valoración discrecionales a cargo de la autoridad competente, en consideración de las circunstancias del caso y de todo el contexto contractual.**

Pretender un enunciado completo de lo que puede llegar a contener una cláusula abusiva es una verdadera «misión imposible». No obstante, en la mayoría de los sistemas jurídicos, se termina por presentar la denominada «lista negra», o sea, aquéllas cláusulas que con frecuencia se presentan como desequilibradas y se presumen abusivas.

En realidad, como anota BIANCA (*ob. cit.*, pág. 363), estas listas de cláusulas abusivas crean una presunción de abusividad, lo que se desvirtúa cuando su existencia responde a una causa justificada.

A continuación realizaremos algunos comentarios de los distintos tipos de cláusulas abusivas que se enuncian en el art. 31.

*b) Enunciado (Art. 31 ley 17.250)*

A modo de ejemplo la norma presenta una serie de casos que en principio pueden ser considerados como cláusulas abusivas a menos que encuentren en el caso una justificación concreta. En el art. 31 se dispone:

Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, las siguientes:

- A) Las que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, **salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada.**
- B) Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor.
- C) Las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.
- D) La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato.
- E) Las que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda.
- F) Las que impongan representantes al consumidor.
- G) Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente de cargo del proveedor.

H) Las que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.

La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste careciera de causa podrá declarar la nulidad del mismo.

La técnica legislativa en la regulación de este tema en codificaciones más modernas, como ser la italiana en su Codice del Consumo de 2006, comienza **por crear una presunción** respecto a la abusividad de ciertas cláusulas que admiten prueba en contrario.

En nuestro derecho se comete el error de decirse “se consideran cláusulas abusivas...” cuando debió decirse “pueden ser consideradas abusivas...” (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del Consumo*, pág. 215). El carácter presuncional del enunciado se pone en evidencia particularmente en el literal A cuando al final textualmente se ordena “salvo que una norma de derecho la habilite o por cualquier otra causa justificada”.

*c) Cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad civil (Art. 31 A)*

#### **i. Texto**

“Las que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada.”

#### **ii. Presentación del tema**

El Derecho de la Responsabilidad Extracontractual se orienta sobre el principio de la reparación integral del daño injustamente causado con la idea de restablecer la situación en que se encontraba la víctima antes de sufrir el perjuicio. Este principio general tiene algunos límites de origen legal o convencional. Así, el art. 1346 del C.C. establece que la responsabilidad contractual, en caso de incumplimiento, lleva a que el daño resarcible, en el caso de conductas culposas sea sólo el previsible y no se resarce el imprevisible o indirectamente causado salvo cuando haya dolo. El segundo límite refiere al hecho de que por acuerdo de partes

pueden aparecer cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad (ver sobre el particular Parte II Sección I n. 2 H c).

Para autores como JORDANO FRAGA (*De la responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 321), estas cláusulas son instrumentos que las partes utilizan para establecer un equilibrio interno en la economía del contrato. Permiten calcular con más precisión los beneficios o riesgos de las operaciones tendiendo a una distribución equitativa cuando son utilizadas correctamente. Con frecuencia en las relaciones contractuales se advierte que una de las partes intenta prever, en el origen mismo de la relación negocial, cuáles serán las consecuencias de un eventual incumplimiento, teniendo presente que normalmente éste aparece relacionado causalmente con un daño y con ello la obligación de resarcimiento.

Se nos presenta entonces el problema de resolver si las partes pueden acordar normas contractuales que limiten o dejen de lado las disposiciones que en el Código Civil regulan el resarcimiento del daño causado para los casos de incumplimiento contractual. En concreto, de admitirse la validez de estas cláusulas se estaría dejando de lado lo que sobre el particular ordenan los artículos 1341 y 1342 del C.C., al establecer: «los daños y perjuicios sólo se deben cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación (art. 1336 del CC) o cuando la cosa que se había comprometido a dar o hacer no podía ser dada o hecha, sino en tiempo determinado que ha dejado de transcurrir».

Por su parte, en el artículo 1342 del C.C. se ordena: «el deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de falta de cumplimiento de la obligación, o de la demora en la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable».

¿Pueden las partes de común acuerdo dejar sin efecto la vigencia de estas normas que son en definitiva el «nervio motor» de todo el derecho contractual?

CARBONNIER (*Droit civil*, París, 1965, t. IV, pág. 79 y ss) enseña que es conveniente diferenciar las denominadas cláusulas de exoneración de responsabilidad, de las cláusulas que dejan sin efecto alguna obligación, que se imponen a la relación contractual en atención al ordenamiento jurídico vigente. En un caso lo que se exime es de la obligación de reparar el daño, en el otro lo que se deja de lado es la necesidad de tener que cumplir con cierta

obligación que para el caso impone, por ejemplo, el código civil. Así, el Código Civil, como veremos, establece la obligación de cargo del propietario de mantener conservado el inmueble que se arrienda. Si se acuerda que el propietario en la relación arrendaticia no asuma esta obligación, más que una cláusula de exoneración de responsabilidad es una cláusula de limitación de obligaciones, que por cierto es muy diferente. Advierte DÍAZ ALABART (*ob. cit.*, pág. 286) que probablemente sean estas cláusulas las más «universales» en cuanto a condiciones abusivas, porque esta abusividad se puede manifestar a través de una mayor variedad de cláusulas. Ante el aumento de casos de responsabilidad, asistimos a un incremento inusitado de cláusulas de exención de responsabilidad, unas aceptables y otras abusivas.

En los tiquets que se reciben cuando se deja un auto en el estacionamiento; en los documentos que se firman al ingresar a los sanatorios; en el dorso de los boletos de transporte... son frecuentes las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

### iii. Definición

Para GARCÍA AMIGO (*ob. cit.*, Pág. 94) son aquellos pactos incluidos en el contrato por los cuales las partes acuerdan preventivamente una limitación de responsabilidad que la ley dispositiva atribuye al deudor por el incumplimiento culpable de sus obligaciones. Estamos ante cláusulas que pueden neutralizar la existencia de presupuestos de responsabilidad, o bien alterar los montos de los daños resarcibles.

Lo importante a destacar es que por acuerdo de partes se dejan de lado normas dispositivas (art. 1341-1342 del C.C.) que regulan el régimen de responsabilidad por incumplimiento.

Se omitió prever en este inciso algo muy frecuente, que no es precisamente la limitación o exoneración de responsabilidad del proveedor, sino el pacto de agravación de responsabilidad del consumidor. En estos casos, se exige una diligencia superior a la normal o se establecen montos resarcitorios sobrevaluados, sin causas justificadas.

En definitiva, son aquellas cláusulas establecidas en favor del deudor de una prestación por las que éste se exonera de tener que resarcir los daños que pudiera causar el incumplimiento total o parcial a la persona o a los bienes del co-contratante. Como dice DE CUPIS (*Il danno*, Milano, 1979, pág. 534 y ss), las cláusulas





limitativas reducen la medida de lo resarcible, mientras que las exonerativas excluyen la relevancia jurídica del daño. O sea, por estas cláusulas pueden neutralizarse los efectos de la responsabilidad o variarse el «quantum» resarcitorio respecto de su medida normal.

REZZONICO (*ob. cit.*, pág. 496) con particular realismo critica la definición de GARCÍA AMIGO por entender que en este tipo de convenios en realidad nunca hay acuerdos o pactos entre el acreedor y el deudor. **¿Quién en su sano juicio puede admitir que la persona que se obliga con él admita que no se responda en el caso de no cumplir lo acordado?** Lo más común es que en estos casos exista imposición, ignorancia.

Lo importante es que a través de estas cláusulas se desvían riesgos y responsabilidades, dejando de lado las previsiones del mismo derecho dispositivo en perjuicio del cliente o consumidor y en favor del proveedor o empresario.

En nuestra opinión se debe seguir un criterio amplio de lo que se debe entender por cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, definiendo efectos que se derivan de la inejecución de la prestación, limitando o excluyendo sus consecuencias cuantitativas o cualitativas. Se puede incidir en la regulación de la relevancia de los distintos grados de culpa; se puede limitar los efectos del incumplimiento; se pueden alterar los aspectos cuantitativos de la reparación. GUAL ACOSTA (*ob. cit.*, pág. 108) entiende que **estas cláusulas deben reunir las siguientes características:**

- a) Deben existir al menos dos sujetos como parte del negocio contractual. Las declaraciones unilaterales de limitación o exoneración de responsabilidad carecen de validez pues no existe aceptación del obligado.
- b) Se debe formalizar la declaración de voluntad entre estos sujetos, dirigida a exonerar o limitar las consecuencias de la responsabilidad.
- c) El pacto debe ser previo al momento de la producción del daño.

#### **iv. Justificación de estas cláusulas**

Permiten al deudor encarar prestaciones riesgosas sin exponerse a responsabilidades excesivas permitiendo en ocasiones llevar adelante actividades de desarrollo, experimentación que de otra forma no se realizarían.

Se ha sostenido que la empresa privada en su gestión corre riesgos (actuando con dependientes o utilizando cosas peligrosas), y estas cláusulas se hacen necesarias para proteger el desarrollo empresarial. Además, permiten llegar al consumidor con precios menores (GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, Pág. 65). REZZONICO (*Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires, 1987, pág. 188) puntualiza que el abaratar costos no justifica en forma alguna la abusividad de las cláusulas. STARK (*Droit civil. Obligations*, París, 1972, N° 2141) critica duramente a estas cláusulas pues son una invitación a la impericia o a la negligencia. CARBONNIER (*ob. cit.*, N° 79) destaca que es una contradicción asumir una obligación contractual y reservarse el derecho de no cumplir.

BENATTI (*Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971) señala con acierto que estas cláusulas no pueden llamar la atención cuando responden a una justa causa, y tienen, por ejemplo, una contraprestación que las justifica, como es el caso de la reducción del precio.

La abusividad queda en evidencia cuando este tipo de cláusula no fue negociada, o sea, cuando es impuesta en el contrato por adhesión y, además, no encuentra justificación razonable en el contexto del contrato. Debemos tener presente que este tema se analiza para el caso específico de los «contratos de consumo», o sea, que responden a una relación de consumo y que, además, adoptaron la forma de adhesión.

El consumidor, como derecho básico tiene el de ser resarcido de los daños que se le causen (art. 6 lit. «F»), y en consecuencia, se está en el tema ante un derecho irrenunciable y de orden público en los casos de relaciones de consumo. Si existe un incumplimiento o se causa un daño extracontractual, debe existir responsabilidad y ser resarcido el daño causado al consumidor.

En los contratos por adhesión, como se dijo, no existen tratativas ni negociación posible, creándose una situación propicia para «imponer» este tipo de cláusulas que generan claros desequilibrios en la distribución de derechos y obligaciones y, en consecuencia, es lógico que se las presuma abusivas.

#### **v. Ventajas y desventajas en la utilización de estas cláusulas**

Se ha sostenido que la empresa privada tiene sus mayores trabas en la multiplicación de riesgos y de situaciones que pueden



poner en peligro su propia subsistencia. Su acción a través de dependientes o a través del uso de cosas inanimadas crea, sin lugar a dudas, nuevas situaciones de riesgo y el peligro de tener que llegar a pagar grandes sumas no previstas.

Para no trabar el desarrollo empresarial y para poder calcular riesgos, estas cláusulas son esenciales. No debe olvidarse que en el derecho contractual moderno se han multiplicado las hipótesis de responsabilidad sin culpa, lo que sin lugar a dudas hace más necesarias este tipo de cláusulas desde el punto de vista de la empresa.

Por otra parte, estas cláusulas disminuyen los costos y posibilitan llegar al consumidor con precios menores. Estas cláusulas permiten calcular con mayor exactitud los costos reales y los beneficios que producirá tal actividad empresarial (GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, Pág. 65).

REZZONICO (*Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, 1987, pág. 188), con acierto puntualiza que por abaratar costos no se justifica emplear cláusulas que pueden resultar abusivas, ilícitas o injustas. Se cita el caso de una venta de extinguidores en la cual se estableció que la firma se exonera de toda responsabilidad si no funciona el extinguidor.

Como ventajas se considera, además, que estas cláusulas favorecen el progreso tecnológico. Ante la limitación de responsabilidad es posible el empleo de técnicas o fórmulas más audaces. Reducir los costos y los riesgos permite mayores inversiones. Posibilita, además, aplica un sistema de seguros con riesgos pre-visibles en el que las primas sean acorde a las coberturas que se pretende dar.

Ciertos autores, como GUAL ACOSTA (*Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad*, Colombia, 2008, pág. 66), entienden que estas cláusulas permiten el desarrollo del derecho de la competencia. Los menores costos y riesgos posibilitan llegar al mercado con costos menores y en forma más competitiva. Ello por cuanto los costos de la responsabilidad se ven reflejados en los mayores costos de los productos que se ofrecen por las empresas a los consumidores o usuarios. Para el consumidor una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad se suele traducir en la práctica en menores costos en los productos y servicios y de allí su beneficio indirecto.

Como desventaja se señala que estas cláusulas son una invitación a la impericia y a la negligencia, pues deja de importar el hecho de que se cause o no un daño a la contraparte (STARK; *Droit civil; obligations*, París, 1972, n. 2141; VINEY JOURDAIN, *Traite de droit civil. Les effets de la responsabilité*, París, 2001 Pág. 354). CARBONNIER (Ob. cit., n. 79, Pág. 297) señala que es una verdadera contradicción el dar nacimiento a una obligación contractual y a la vez reservarse el derecho a no cumplirla.

Desde el punto de vista estructural se está eliminando un elemento que es sustancial a la obligación y que es el factor de coacción, la sanción para el incumplimiento. Desaparece el efecto preventivo y la preocupación por las consecuencias del daño que se pueda llegar a causar.

Se critica, además, que este tipo de cláusulas ha servido para dejar sin efecto los progresos que se venían logrando en la esfera de la responsabilidad contractual en su intento de proteger a la parte más débil de la relación jurídica.

En realidad, lo grave de estas cláusulas está en que suelen evidenciar un poder desequilibrado de una parte sobre la otra, lo que permite la imposición de las mismas en relaciones como la de consumo, considerándose en cuanto tales, abusivas. En la práctica el empleo de estas cláusulas suele evidenciar desigualdad, desequilibrio, poniéndose –como señalan STOFFEL - MUNK (*L'abus dans le contrat*, París, 2000, pág. 149)– en tela de juicio el proceder de la buena fe que debe estar presente en toda relación obligacional.

#### **vi. Polémica acerca de la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad**

En nuestro derecho se han suscitado posiciones controvertidas acerca de la validez de estas cláusulas.

##### ***i. Tesis Negativa***

Están quienes sostienen que estas cláusulas carecen de validez fundándose principalmente en la siguiente línea argumental:

##### **1. Se entiende que estas cláusulas se apartan del orden público.**

Así, profesores como JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (R.D.J.A., t. XIII, Pág. 342 y ss.) fundándose en lo que ordena el artículo 8 del C.C. al señalar que «la renuncia general de las leyes no surtirá efecto», en posición que se complementa con lo previsto por el artículo 11



del mismo cuerpo normativo, en cuanto establece: «no pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres».

En toda la temática de la responsabilidad por incumplimiento contractual, estaría interesado el mismo orden público, razón por la cual no sería posible acordar nada en contrario.

**2. Se sostiene, además, que con este tipo de cláusulas se podría estar transgrediendo lo previsto por el artículo 1253 del C.C., en la medida en que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes,** entendiéndose que si se limita o exonera la responsabilidad, estaría al arbitrio del deudor el cumplir o no, pues, en definitiva, no le aparejaría ello mayores consecuencias.

3. En esta misma línea argumental se cita lo preceptuado por el artículo 1413 del C.C. en el sentido de que la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto.

La polémica se suscitó en nuestro derecho –como ya dijéramos– especialmente con referencia a las cláusulas de exoneración de responsabilidad que se utilizan en los contratos de transporte. Así, por sentencia de fecha 21 de diciembre de 1981 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. turno (L.J.U., caso 9.806) se sostuvo la tesis de la nulidad de estas cláusulas, pues, en los hechos, no eran realmente aceptadas, pues se aplicaban a través de un contrato de adhesión.

En estos casos se sostiene que no existe una aceptación libre y consciente de estas cláusulas. En nuestro derecho se exige la responsabilidad del transportista «salvo cualquier convención expresa en contrario» (artículo 1087 inciso 2º del código de comercio). La utilización de un contrato por adhesión –según este enfoque negativo– no puede considerarse como aceptación expresa en contrario.

#### *ii. Tesis positiva*

La tesis que sustenta la validez de este tipo de cláusulas es hoy en nuestra doctrina y jurisprudencia de aceptación ampliamente mayoritaria, y se basa en los siguientes argumentos:

1. Nuestro derecho es claro en el sentido de que **si bien la regla es la responsabilidad puede ella exonerarse por acuerdo expre-**



**so entre las partes en aplicación del principio de la autonomía privada.** Así en el Art. 1087 del C.Co. se prevé que la responsabilidad del capitán de la carga empieza desde que la recibe hasta el acto de la entrega en el lugar que se hubiere convenido o en el que refiere de uso en el puerto de descarga, salva cualquier convención expresa en contrario. O sea, en el contrato de transporte de mercaderías se admite este tipo de cláusulas siempre que haya sido pactada en forma expresa.

En el Art. 643 del C.Co. se establece que “es nula la renuncia que se haga de las disposiciones imperativas o prohibitivas de la ley al tiempo del contrato de seguros o mientras éste dure”. Si, por ejemplo, estas cláusulas de irresponsabilidad aparecen escritas en la pared de un garaje o en la puerta de un hotel, aludiéndose que la empresa no se responsabiliza por robo, incendio, etc., serían irrelevantes del momento que carecieron de consentimiento por las partes.

La utilización de cláusulas de exoneración de responsabilidad o de limitación en la cuantificación de los perjuicios supone un apartamiento del derecho positivo vigente que, si bien es posible realizar, debe, en principio, efectuarse por acuerdo de partes. Cuando este acuerdo no existe y se impone unilateralmente por predisposición unilateral a través de los denominados contratos por adhesión, la legalidad de la cláusula estaría condicionada a que su inclusión tenga justa causa.

El empleo de estas cláusulas, de alguna forma evidencia un deseo o previsión de que podrá existir un apartamiento del cumplimiento de la obligación contraída. BENATTI (*Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971) señala que **estas cláusulas no llaman la atención si su presencia encuentra contrapartida en la prestación y no afectan la posición igualitaria de las partes.** Se acepta la cláusula porque el precio es menor, o porque ponderados los riesgos éstos se aceptan. Pero cuando estas cláusulas se utilizan por la empresa para obtener ventajas indebidas con una falta de justificación objetiva, afectan la necesaria correlación entre deuda y responsabilidad como componentes básicos de toda relación obligacional.

2. Con relación a la utilización de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en los denominados contratos por adhesión, **se ha señalado que en estos casos su validez está condicionada a la ponderación de que realmente haya existido**



**aceptación por parte del adherente.** Se recuerda que en el artículo 1341 del Código Civil italiano se requería para la validez de estas cláusulas la aprobación por escrito de las mismas.

Se busca con ello asegurar el conocimiento de estas cláusulas que se consideran especialmente desventajosas para el que las asume. La práctica pronto indicó que en realidad lograr esa «aceptación» por escrito en realidad no importaba un conocimiento de la cláusula, pues en el proceso de automatización y de despersonalización en que se actuaba, el fin buscado realmente no se lograba.

Habiéndose fracasado en lo que a controles formales se refiere, en la actualidad los controles refieren exclusivamente a la ponderación del contenido de las cláusulas en el entorno de todo el contrato y las circunstancias que llevaron a él. Lo que importa entonces es considerar si estas cláusulas no suponen un haber actuado en forma incorrecta apartándose injustificadamente de aspectos que conforman el mismo tipo contractual que describe el orden dispositivo vigente.

Los cánones generales para ponderar lo abusivo o ilícito de la cláusula está, como viéramos: en la ley (lo que establece con carácter imperativo o bien lo que surge del propio derecho dispositivo que no se puede considerar como incondicionalmente renunciabile). Para desplazar el derecho dispositivo se requiere una razón suficiente o una justa causa, pues este derecho dispositivo refleja la misma naturaleza del contrato, y no es posible alterar esta misma naturaleza sin una causa justificada de cara al derecho.

El derecho dispositivo no es un mero adorno, sino que cumple una función preceptiva, ordenadora fundamental, que debe, en lo posible, respetarse y continuarse. Aquellas normas que refieren a la «esencia tipológica» se llegan a considerar como irrenunciabiles (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales en los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, Pág. 83).

Es entonces que el autor antes mencionado afirma que las cláusulas de exoneración de responsabilidad pueden impugnarse por distintos motivos: si se llega a un apartamiento serio de la justicia conmutativa o de la buena fe; cuando en los hechos queda casi a favor de una de las partes el arbitrio de cumplir o no con la prestación. En todos estos casos estará implícito un apartamiento del

derecho aplicable y, en consecuencia, la cláusula en cuestión será nula por abusiva.

3. El tema adquiere características especiales cuando se discute si este tipo de cláusulas insertas en el contrato por adhesión son válidas o por el contrario, no existiendo aquí un claro consenso, las mismas carecerían de valor. Para quien adherir es consentir el tema queda resuelto de primera y el problema prácticamente no existe. GAMARRA (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX, pág. 208), entiende que más allá de que no se haya participado en la redacción, que no hayan existido negociaciones... lo importante es si existió aceptación. Si no hay dos voluntades congruentes, no existe el contrato. Hay aceptación en bloque o no hay aceptación, y esto es lo que importa. Si el adherente no leyó o no se informó o no consultó las fuentes... son todos comportamientos negligentes que llamarían a la autorresponsabilidad del adherente (págs. 214 y 215).

Para este profesor «cuando la cláusula viole el principio general de la buena fe puede llegarse a su anulación en base a esta transgresión pero esto sucede tanto en los contratos de adhesión como en los paritarios» (pág. 217).

**4. Se destaca el hecho de que la regulación de la responsabilidad, con carácter general, no es de orden público** pues de lo contrario la ley no autorizaría limitaciones o exoneraciones por acuerdo de partes, como ocurre con el artículo 1087 inciso 2º del C.C. (en materia de contrato de transporte) o con el artículo 2283 del C.C. (que regula la responsabilidad del hotelero por el depósito de cosas que tenga a su custodia).

5. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad sólo serían legítimas en aquellos casos en que no fueran expresamente desestimadas por la misma norma como sucede por ejemplo en los casos de responsabilidad decenal de los arquitectos o empresas constructoras ante la eventual ruina de un edificio (artículo 1844 del C.C.).

6. El fundamento de la validez de estas cláusulas parte de la vigencia del principio de la autonomía privada y de la fuerza vinculante que a través de ellas es posible lograr (art. 1291 inc. 2º del C.C.). Ello resulta conveniente siempre que no se actúe con abuso o imposiciones desleales-. No existen en nuestro código civil normas que prohíban las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad. El principio de la reparación integral del daño no es de orden público y por tanto, como señalan VINEY





- JOURDAIN (*Les effets de la responsabilité*, París, 2001, pág. 350), por acuerdo de partes se pueden establecer criterios de limitación o exoneración de responsabilidad.

7. Debemos señalar que la validez de estas cláusulas está condicionada a que la misma se halle dentro de las limitaciones generales: que no suponga una transgresión al mandato de actuar de buena fe, que no haya existido dolo o culpa grave en el alcance de la exoneración, que no refiera a perjuicios emergentes de la lesión de derechos personalísimos, que no se transgreda el orden público, la moral o las buenas costumbres.

8. Dentro de los límites impuestos a la autonomía privada actualmente se destaca el que refiere al control de un necesario equilibrio en las prestaciones atento a que en muchos casos "los débiles" concurren al contrato sin poder negociador y sobre ellos se ejerce un poder normativo abusivo. Como advierte FINLANGER (*L'équilibre contractuell*, París, 2002, pág. 134), el equilibrio (impuesto por lo que supone un proceder de buena fe) se rompe cuando en forma abusiva se impone un desequilibrio normativo en el contenido del contrato. Este desequilibrio normativo es diferente al desequilibrio económico pues se concreta en una injustificada distribución de derechos y obligaciones en perjuicio de una de las partes.

9. Para concluir, corresponde destacar que el derecho de los contratos, reflejado en los principios fundamentales del derecho europeo, reflejado en el código de los Contratos de la Academia Iusprivatista Europea (art. 2 inc. 1º), en los principios Fundamentales de la Contratación Lando (art. 1.102) y en los Principios de los Contratos Internacionales UNIDROIT (art. 1.1), reconoce el principio de la autonomía privada y la posibilidad de acordar cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad siempre que se actúe de buena fe.

#### *vii. Alcance de estas cláusulas*

Las denominadas cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad no refieren solamente al quantum resarcitorio sino que en ocasiones refieren también a presupuestos del incumplimiento o circunstancias que lo caracterizan. Así, se puede acordar, por ejemplo, que no exista resolución por incumplimiento, o que la culpa para ser tal deba ser grave, etc.

En otro orden, la limitación al monto resarcitorio puede derivar de determinar techos o máximos o mínimos correspondientes a lo que en el caso será el monto de la reparación de cierto tipo de daños. Así, se puede limitar no sólo los efectos de la responsabilidad sino también los del incumplimiento.

Como bien advierte GUAL ACOSTA (*Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad*, Colombia, 2008, pág. 75), las cláusulas a estudio refieren tanto a las obligaciones de resarcir el daño como a las consecuencias derivadas del incumplimiento. Esto supone admitir una dimensión amplia de lo abarcan las denominadas cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.

#### *viii. Comentarios al art. 31 Lit. A*

Comenzamos por advertir que el ámbito de aplicación de este inciso tiene cinco importantes limitaciones:

- se aplica sólo a las relaciones de consumo;
- rige sólo para los contratos por adhesión;
- rige no sólo para casos de responsabilidad contractual emergente de daños causados por el proveedor por los vicios o defectos del producto, sino también respecto de daños a terceros.
- no se aplica esta abusividad a problemas de incumplimiento relacionados con el precio del producto, donde, como dijimos, la abusividad es relevante sólo en casos de falta de claridad o transparencia (art. 30 in fine);
- la norma prevé que puedan existir ciertas leyes en las que expresamente se haya autorizado estas limitaciones de responsabilidad. Tal lo que sucede, por ejemplo, con el Código Aeronáutico, donde expresamente se regulan estas cláusulas (art. 154 del D.L. 14.306).
- por último, y no por ello menos importante, apartándose de sus antecedentes en el derecho comparado, nuestro legislador admitió este tipo de cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad cuando exista «**cualquier otra causa justificada**», lo que supone en la práctica, abrir una gama interminable de casos en los que es perfectamente posible invocar la validez de estas cláusulas que, en principio, se pudieron considerar como abusivas.



Este criterio de ponderación restrictiva de la abusividad, ya se había puesto de manifiesto en el art. 30 cuando se aludía a un «injustificado desequilibrio de derechos y obligaciones».

**Quiere decir que las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad del proveedor no son abusivas cuando existe alguna causa justificada.** Realmente para decir esto hubiera sido preferible no decir nada, porque siempre existirá, al menos en el plano teórico, alguna causa que justifique la abusividad. Aquí se debió ser tajante y considerar que estas cláusulas que exoneran o limitan responsabilidades por principio son nulas o ilícitas.

El literal «A» del art. 31 se aplica tanto para los casos de responsabilidad contractual como para los de responsabilidad extracontractual.

No podrán existir causas que justifiquen estas cláusulas cuando la limitación de responsabilidad está referida a casos de dolo, a daños a los derechos personales, y toda situación en que estén involucrados derechos indisponibles.

Es posible pensar en causas justificadas de cláusulas de limitación o disminución de responsabilidad, cuando ellas respondan, por ejemplo, a una disminución en el precio del producto o del servicio, pero ello siempre, claro está, que no aludan a casos de dolo o afectación de derechos esenciales o indisponibles.

#### *ix. Limitaciones en particular*

##### **I. Límites a la validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.**

En la actualidad la polémica que se suscita en torno a estas cláusulas no se basa tanto en la validez de las mismas sino en los límites dentro de los cuales estas cláusulas pueden operar en el sistema jurídico.

Lo ya dicho respecto a los criterios de determinación de la «abusividad» de una cláusula es plenamente aplicable al caso en el sentido de que si estas cláusulas aparecen como transgresoras del orden público, o suponen un apartamiento del deber de actuar de buena fe, o una violación a las normas imperativas o un apartamiento injustificado de las normas dispositivas, todo ello lleva a la abusividad y nulidad de la cláusula.

En doctrina se han marcado ciertas pautas concretas que limitan la utilización de estas cláusulas como ser los casos en que supo-



nen un comportamiento doloso; o cuando no han sido debidamente consentidas o cuando afectan o pueden afectar derechos personalísimos; situaciones, estas, que pasamos a considerar en forma sintética.

## II. Limitación de responsabilidad cuando existe «dolo»

Prácticamente es unánime el criterio de que estas cláusulas no pueden ser válidas cuando ha existido dolo en el incumplidor.

Se ha sostenido que de esta forma se altera la esencia misma de la obligación, pues se pierde la posible coacción para el caso de incumplimiento. La obligación tendría un objeto ilícito, pues tal cláusula sería contraria al orden público y las buenas costumbres.

Se observa, además, que incluso podría pensarse en la ausencia de causa, pues normalmente en los contratos onerosos la causa del contrato para una de las partes está en el cumplimiento de la prestación de la otra. Si esto se desvirtúa y se permite que la contraprestación exista o no si la contraparte lo quiere, en definitiva se fisura la misma causa del contrato. De esta forma, se termina por alterar la esencia estructural de la obligación más que una limitación de responsabilidad.

Antiguamente la jurisprudencia admitía fácilmente la hipótesis del «**dolo bueno**», conforme a la cual se entendía como dentro de las reglas del juego que el vendedor exagerara las condiciones o características del producto o servicio comercializado. Era el comprador el que tenía que tener la diligencia necesaria para que no lo engañaran. BERLIOZ (*Ob. cit.*, pág. 103) señala que el dolo bueno es más fácil de presumir en los contratos de adhesión, y por ello es que debe imponerse al predisponente un deber de información como forma de garantizar la confianza en las transacciones<sup>32</sup>.

Este tipo de cláusulas que exoneran la responsabilidad en el caso de dolo se consideran nulas tanto en los contratos de adhesión como en los contratos libremente negociados.

32 En el art. 1276 del C.C. se establece que el denominado “dolo incidente” no vicia al contrato pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que hubiere causado. Es dolo incidente el que no fue causa determinante del contrato. O sea, se entiende que en ciertos casos el dolo (engaño) no es causa de nulidad pues no fue determinante del contrato (Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. T. II, vol. 1, pág. 214).

La invalidez de estas cláusulas se extiende también al incumplimiento doloso de los representantes o auxiliares dependientes en razón de que a través de ellos se prolonga la actividad del proponente.

En este tema cierto sector de la doctrina **equipara el «dolo» a la «culpa grave»** como situaciones similares (PLANIOL RIPERT, *Tra-tado práctico de derecho civil francés*, t. VI, Pág. 712).

Por otra parte, están quienes entienden que estas situaciones son muy diferentes, pues terminan por confundir la torpeza con la malicia, la falta de intención con la intención de perjudicar, la buena fe con la mala fe (JOSSE-RAND, *Derecho civil*, Buenos Aires, 1952, t. II, vol. 1, Pág. 491, n. 612; WEILL TERRE, *Droit civil. Les obligations*, París, 1980, n. 409, Pág. 470).

Entendemos que, se admita o no la diferencia entre estas dos figuras, ambas hipótesis deben ser consideradas similares a los efectos de la posible admisión de cláusulas de limitación de responsabilidad en la medida en que afectan su validez.

En nuestro derecho el fundamento de la exclusión de la cláusula de exoneración de responsabilidad en los casos de dolo, lo tenemos básicamente en los artículos 1253 y 1413 del C.C., pues queda expresamente prohibida la redacción de condiciones que hagan que una parte tenga la facultad plena de cumplir o no con la prestación. Además, se estaría transgrediendo el orden público (artículo 1288 del C.C.) y el deber de actuar de buena fe (artículo 1291 del C.C.).

En estos casos lo que se limita es la posibilidad de exoneración anticipada por dolo. Si la responsabilidad ya surgió, el titular del derecho resarcitorio es libre de acordar tolerancia o exoneraciones.

### III. Limitación de responsabilidad cuando existe culpa

Frente a la situación de injusticia evidente que se crea con la utilización abusiva de las cláusulas de limitación de responsabilidad, la jurisprudencia y doctrina han recurrido a la aplicación de ciertos principios generales sancionados en los códigos civiles para limitar la esfera de validez y eficacia de las mismas,

Se recurre al principio de la buena fe; al de la equivalencia de las prestaciones, la moral y las buenas costumbres como forma de evitar la vigencia de cláusulas limitativas de responsabilidad en ciertas circunstancias, no obstante no existir dolo.

Uno de los primeros casos que suscitó serios problemas fue el que se dio en los contratos de transporte en los cuales aparecía la cláusula de exoneración de responsabilidad de forma que todos los daños que se causaran a los pasajeros quedaban sin resarcir. Ante estas situaciones de notoria injusticia, salió al cruce la jurisprudencia creando la denominada «obligación de seguridad» a favor de la víctima, y limitando el alcance de las cláusulas de exoneración de responsabilidad.

A través de estas cláusulas no puede llegarse a afectar la vigencia de derechos personalísimos como lo son el derecho a la integridad física, a la salud, a la vida misma. No es posible renunciar al resarcimiento de los daños personales, pues en su tutela está interesado el orden público y, en cuanto tal, no es posible un pacto de exclusión de responsabilidad (MAZEAUD TUNC, *Ob. cit.*, Buenos Aires, 1962, t. III, Vol. 2, n. 2529).

LE TOURNEAU (*La responsabilité civile*, París, 1972, n.282, Pág. 107) ha sostenido que la jurisprudencia francesa moderna elimina toda distinción entre las cláusulas limitativas de responsabilidad según atenten o no contra la persona. Se han considerado válidas en el contrato de transporte y en el de asistencia médica, pues se entendió que estas convenciones no alcanzan a la persona en sí misma; no dan al deudor el derecho de lesionar sino que sólo tienen por objeto suprimir los daños que se le causan a la víctima en caso de accidente.

En otro orden de circunstancias, se ha sostenido que cuando el vendedor conoce los vicios que puede tener la cosa y lo mantiene oculto, no puede gozar del beneficio de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pues ello iría contra la buena fe que debe respetarse en las relaciones contractuales

Otra limitación la tenemos, precisamente, en la ubicación de estas cláusulas en los contratos por adhesión no negociados. No existiendo aceptación clara de este tipo de cláusulas no se puede defender su validez. En el ámbito del derecho del consumo las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad están proscriptas.

#### **IV. Limitación de la responsabilidad cuando no existe buena fe**

La buena fe tiene una especial relevancia en la calificación de las conductas contractuales pues opera como límite en la autonomía



privada y hace posible contrarrestar abusos en el ejercicio de la autonomía privada que una parte puede cometer con la otra alterando el equilibrio, la utilidad social o la justicia del contrato.

***x. Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad extracontractual***

El tema ha determinado posiciones encontradas entre quienes consideran que estas cláusulas son inadmisibles y los que admiten su legalidad. La posición de la inadmisibilidad fue sostenida entre otros por SAVATIER (*Traité de la responsabilité civile*, París, 1951, t. II, pág. 243) partiendo de que la responsabilidad extracontractual es de orden público y de que puede entenderse como ilógico pensar que se puede acordar con un tercero desconocido una cláusula de exoneración de responsabilidad cuando no se sabe a quién se va a causar un daño.

GUAL ACOSTA (ob. cit., pág. 395) considera que nada hay que las impida siempre que se respeten los límites de validez que se establecen para las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad contractual; o sea, la cláusula no puede operar sobre hechos dolosos o referentes a casos de culpa grave o que refieran a la afectación de derechos personalísimos.

***xi. Jurisprudencia***

1. *No se cuestiona que el documento ha sido firmado en el ámbito de la autonomía privada y, por tanto, libremente se renunció a cualquier otra reclamación por daños y perjuicios derivados del accidente. Con lo cual se actuó dentro del principio de la autonomía privada. Aun cuando la cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad se inserte dentro de un contrato de adhesión, por este motivo no es admisible sostener la nulidad por falta de consentimiento. El acreedor es libre de contratar o no; y si lo hace el consentimiento existe. El contrato de adhesión no deja de ser un contrato y obliga por serlo a quienes lo otorgan como la ley misma (art. 1291 del C.C.).*

*En el plano jurídico el consentimiento es libre ya que el adherente está en condiciones de rechazar la propuesta; poco importa que la voluntad esté económicamente sometida porque esa desigualdad económica y no jurídica es casi fatal y existe prácticamente siempre. La validez del consentimiento no puede ponerse en tela de juicio mientras no exista violencia, y la presión económica o social carece de caracteres de esta (Gamarra, Tratado, t. IX, pág. 216 y 217).*

*En el caso la renuncia no está redactada en términos ambiguos ni remite a ninguna fuente externa sino que surge claramente su alcance de los*



términos concretos de aquella, por lo cual debe concluirse que existió libre consentimiento al firmar (aceptación). **Suprema Corte de Justicia, sentencia 11 de 28 de febrero de 2002, A.J.U., t. XVI, n° 8.**

~

2. La cláusula de exoneración de responsabilidad en autos no se trata de una cláusula impresa en un contrato de adhesión pero si de un texto contractual preformulado y no negociado (Ordoqui, Gustavo, Derecho del consumo, pág. 211) ya que es evidente que fue solicitada por el Banco como requisito para implementar las órdenes por el sistema telefax, y, como ha dicho la Sala en caso análogo, tales cláusulas exonerativas de responsabilidad son ineficaces cuando media culpa grave de parte del Banco, es decir, de sus funcionarios dependientes.

No es suficiente pactar cláusulas de irresponsabilidad porque los jueces no admitirán que un mandatario remunerado, profesional, empresarialmente organizado, pueda desligarse de la responsabilidad derivada de un actuar negligente o despreocupado.

La vigencia del principio de la autonomía de la voluntad no significa libertad irrestricta de las partes para convenir cualquier pacto a su alcance en las cláusulas limitativas de responsabilidad, especialmente cuando a consecuencia de ellas se resiente y afecta otros principios que constituyen también la base de nuestro ordenamiento jurídico.

Hay una invocación abusiva de esta cláusula en la especie por el grado de culpa en que incurrieron los funcionarios dependientes del banco que controlaron la firma presentada con el espécimen que figuraba en el registro. Debe concluirse que para un funcionario bancario era fácil advertir la falsificación y el no verla constituye culpa grave que no puede admitirse que con relación a ello se invoque luego la cláusula de exoneración de responsabilidad. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, sentencia 260 de 1º de nov. de 2004, A.J.U., t. XIX, n° 6.**

~

3. Para que las cláusulas limitativas de responsabilidad puedan ser consideradas eficaces, deben ser consentidas expresamente por el cargador, no pudiendo entenderse configurada la limitación de responsabilidad cuando surge de contratos tipo, con normas pre-impresas o dispuestas unilateralmente.

Aceptar la irresponsabilidad o bien la limitación de la responsabilidad del transportista en estas condiciones, mediante cláusulas pre-impresas, implicaría soslayar totalmente las obligaciones que la ley impone al Capitán respecto de la carga, haciendo ilusoria la responsabilidad del transportador marítimo.





*Por otra parte, y en punto concreto a lo que dice relación con las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad en tanto derogatorias o modificativas del régimen común, deben acreditarse inequívocamente, siendo exigible, acorde al texto legal (Art. 1087 inc. 2º del C. Co.), que tales convenciones sean expresas, siendo, además, de interpretación restrictiva. Juzgado Letrado de Primera instancia en lo Civil de 20º Turno., Sentencia 51 de 4 de noviembre de 1997, A.J.U., t. IX.*

d) Comentario del Literal "B"

#### i. Texto

**«Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor».**

#### ii. Comentarios

En primer lugar, esta abusividad es coherente con el hecho de establecer que todas las normas de derecho del consumidor son de orden público y, en consecuencia, irrenunciables. O sea, esta abusividad es propia del carácter de orden público de todos los derechos básicos del consumidor.

Desde nuestro punto de vista, en realidad no se trata de un caso de abusividad sino de nulidad, porque de efectuarse una renuncia a un derecho del consumidor, de orden público, conforme a lo establecido en el art. 8º del C.C y Art. 1 de la ley 17.250, se estará ante una nulidad absoluta.

Recordamos que en dicha norma se establece: «La renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra esto será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario».

En definitiva, **si se renuncia a algún derecho del consumidor, ello supone una transgresión al orden público y la existencia de una nulidad absoluta con respecto al contrato, y no tanto la existencia de una cláusula abusiva como sugiere el art. 31 literal «B».**

NERY JUNIOR (*Código brasileño de defensa do consumidor*, pág. 497) considera que respecto de una relación de consumo sería abusiva la cláusula que llevara a renunciar al derecho de ejercer la excepción de incumplimiento contractual. Es abusiva porque restringe injustificadamente el derecho de defensa del consumidor. Lo mismo sería de aplicación respecto de la denominada «cláusula solve et repete» (pague y después proteste). Ello implica una negación del acceso a la justicia.

La renuncia de un derecho en un contrato no negociado (por adhesión), pone en evidencia el abuso de la situación, y, en particular, de la cláusula, pues genera un desequilibrio entre las partes que suele ser claro e injustificado en lo que respecta a la distribución de derechos y obligaciones. Desde un punto de vista práctico, se podría considerar renuncia a un derecho si se excluye o limita la facultad de solicitar la compensación de deudas.

### iii. Limitaciones

LORENZETTI («Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, pág. 174), dice que la renuncia de derechos en el tema no es, *per se*, causa de nulidad pues puede ser justificada.

La ley admite la conciliación que esta integrada por renunciaciones y reconocimientos. Lo que se debe considerar no es sólo la renuncia sino a qué conduce la misma. La idea de que todos los derechos del consumidor son irrenunciables puede ser errónea. La renuncia puede ser justificada si ello se traduce en un beneficio para el consumidor.

En primer lugar, haber establecido esto supondría, en principio, una coordinación con lo establecido en el literal «A», pues allí se dice claramente que no hay abusividad en la exoneración o limitación de abusividad cuando existe causa justificada. Lo mismo debió haberse dicho en el literal «B»: «no hay abusividad si la renuncia obedece a una causa justificada», lo que por cierto no sucedió.

En nuestra opinión, el criterio que propone LORENZETTI es válido, pero no consideramos que sea aplicable en todo lo que supongan derechos del consumidor consagrados expresamente en la Ley 17.250, por lo que dijimos anteriormente: se trata de derechos de orden público y son innegociables e irrenunciables. Así, los derechos enunciados en el Art. 6 de la ley 17250 de orden público son irrenunciables. Ej. Derecho a la salud, a la educación, a la información adecuada, veraz, el derecho a garantías sobre los productos. También bien existe derecho a que las marcas no se confundan, a que exista libre competencia

Entendemos que sí puede renunciarse a algún tipo de derecho que no esté referido en la Ley 17.250 en la medida que esa renuncia se traduzca en algún beneficio para el consumidor.



Como ejemplo de una renuncia de derechos que se puede considerar nula o abusiva, sería la cláusula que estableciera que el consumidor no puede plantear la excepción de incumplimiento contractual, o sea, aquella que establece, que para el caso de incumplimiento del proveedor está justificado el incumplimiento del consumidor.

Si este derecho se renuncia, evidentemente se está incurriendo en un abuso en contra del consumidor. Lo mismo ocurriría si se renuncia al derecho a exigir la rescisión del contrato en caso de incumplimiento por parte del proveedor.

*e) Comentario del Literal "C"*

#### **i. Texto**

**«Las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato (jus variandi)».**

#### **ii. Comentarios**

Esta cláusula que eventualmente puede autorizar al proveedor a modificar los términos del contrato, consideramos que más que una cláusula abusiva sería una cláusula directamente nula, pues transgrediría con claridad lo establecido en el art. 1253 del C.C., cuando dice que: «el cumplimiento o ejecución de un contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contrayentes».

Modificar los términos de un contrato, significa poder cambiarlo sustancialmente, y esto es lo que está expresamente prohibido en la norma referida. Ello evidencia una transgresión a la igualdad o al equilibrio contractual que debe existir entre proveedor y consumidor.

**Estas cláusulas consideradas abusivas por esta ley ya eran nulas en el régimen del Código Civil.** Ello tanto por lo que dispone el art. 1253 del C.C., como por lo establecido en el art. 1413 del C.C., cuando ordena que la obligación contraída bajo una condición que haga depender su fuerza de la voluntad del deudor, es de ningún efecto.

Estas puntualizaciones son importantes, pues puede ocurrir que el «jus variandi» aparezca como cláusula «negociada» dentro de lo que finalmente es un contrato por adhesión.

No puede el proveedor alterar unilateralmente el precio; cambiar el interés establecido; alterar el plazo acordado, etc.



Con la regulación minuciosa del deber de informar, se ha querido evitar sorpresas al consumidor, o posibilidades de cambios inesperados en el contrato. Si tomamos el ejemplo de cómo se reguló el precio (art. 15) para los productos y servicios, exigiendo el máximo de detalle (número de cuotas, intereses, gastos, etc.), se advierte que no se quiso posibilitar que nada importante quedara al arbitrio del proveedor, no pudiendo luego agregar o cambiar información que se dio o debió dar al momento de contratar.

La doctrina ha prestado especial atención a las cláusulas que facultan al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato. El adherente sabe que en un sistema de compras continuado pueden existir cambios de precios que se imponen unilateralmente.

SILVIA DÍAS DE ALABART (en la obra de BERCOVITZ - SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pág. 257) entiende que estas cláusulas son lícitas, y que lo abusivo puede estar en que no exista causa objetivamente justificada para este cambio. Lo abusivo no es la cláusula sino que se ejercite el derecho referido sin justa causa o motivos justificados. El ejercicio de este derecho, cuando se acordó, debe ser de buena fe (Art. 1291 inc. 2º del C.C.).

No puede decirse que este pacto de ajuste unilateral del precio vaya contra la buena fe, siempre que el lapso que transcurra entre la perfección del contrato y la entrega del bien tenga entidad suficiente.

Ocurre que, en estos casos, en realidad no hay imposición unilateral de precios, sino la aplicación de criterios de ajuste establecidos de antemano. Por ejemplo, la agencia se reserva el derecho de cambiar el precio del viaje si cambia el valor de la moneda, o los costos del transporte, o los alojamientos, etc., entre la fecha de celebración del contrato y la de su ejecución. Estas cláusulas serán peligrosas para el consumidor, pero no necesariamente abusivas.

Las cláusulas que facultan a la rescisión del contrato pueden ejercitarse en forma abusiva si por ejemplo no existe preaviso dentro de lo razonable y si no se ejercen con justa causa.

### iii. Limitaciones

En este tipo de cláusulas también parece oportuno puntualizar que en algunos casos, como ya lo preveía la Directiva de la CEE



93/13, pueden existir «motivos válidos», acordados por las partes para que se produzca la modificación de los términos del contrato. Estas cláusulas pueden ser en beneficio de ambas partes.

Así, por ejemplo, se pacta la compra de una máquina de determinado modelo, para entregar en un año, y se establece que el proveedor pueda modificar el objeto y entregar otra máquina similar si varió el modelo a fabricar, sin ajuste de precio.

Este *ius variandi* «beneficia» a los dos partes, y no se puede considerar abusivo.

ROFFO («La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori» en *Rivista di Diritto Civile*, 1994, pág. 289) considera que estas cláusulas pueden ser abusivas por sorpresivas, cuando el beneficiario de las mismas es sólo el proveedor.

Por efecto de estas cláusulas el consumidor queda expuesto al riesgo de encontrarse implicado en una situación contractual desventajosa, respecto de la cual no era posible realizar ninguna previsión.

La existencia del «*ius variandi*», según el tipo de negociación, puede responder a un «justo motivo» (art. 30). En tal caso, la cláusula por sí se presume abusiva porque la norma así lo establece, y será el proveedor el que deba probar la justificación.

*f) Comentario del Literal "D"*

**i. Texto**

**«La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato».**

**ii. Comentario**

En los contratos por adhesión suele establecerse que la parte se reserva el derecho de rescindir el contrato sin causa justificada dejando sin efecto lo pactado.

MAZEAUD (*Lecciones de derecho civil*, t. II, vol.1, pág. 826) establece que esta cláusula es válida en la medida que esta facultad se extiende a las partes por igual.

En la legislación alemana ya referida, sólo se admite este tipo de cláusulas cuando se prevé cuáles son las motivaciones justificadas que habilitan el ejercicio de este derecho, o sea, que no se admite sin justa causa (Párrafo 10, inciso 3º, AGB Gesetz).

En nuestro derecho podría interpretarse que estas cláusulas irían contra lo previsto por los artículos 1253 y 1413 del C.C., en la medida en que con toda claridad se ordena que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes y además la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente su fuerza de la voluntad del deudor, es de ningún efecto...».

No hay dudas de que quien posee la facultad rescisoria unilateral (sin causa) está en situación de clara ventaja frente a la contraparte que no la posee, y que queda con el riesgo de tener que afrontar los graves perjuicios que pueda acarrearle esa rescisión. Lo importante a destacar es que la doctrina ha sostenido que estas cláusulas por sí pueden no ser nulas, pues todo dependerá de que este derecho rescisorio se haya ejercido mediando justa causa.

Este tipo de cláusula es frecuente por ejemplo, en la contratación turística, donde la empresa de viajes se reserva el derecho a dejar sin efecto determinado viaje o excursión si no existen las condiciones climáticas convenientes o si no se obtuvo el número necesario de pasajeros.

LARROUMET (*Teoría general del contrato*, t. II, N° 709. pág. 151) entiende que la facultad de renunciar al derecho de exigir la resolución del contrato sólo es posible cuando surge el derecho a la resolución con el incumplimiento contractual.

En nuestro derecho, la doctrina mayoritaria (DE CORES, «En torno al concepto de renuncia», *A.D.C.U.*, t. XVIII, pág. 340; CARNELLI, «Renuncia anticipada al derecho de obtener la resolución judicial del contrato y del derecho de invocar la excepción de incumplimiento», *A.D.C.U.*, t. XXI, pág. 425; LAYERLE, *La condición resolutoria legal*, Montevideo, 1966, pág. 323) acepta la posibilidad de que este derecho sea renunciado por acuerdo de partes.

Si bien en el contrato bilateral el derecho resolutorio ante el incumplimiento es una opción que puede ejercer cualquiera de las partes afectadas por el incumplimiento (art. 1431 del C.C.), esta posibilidad existe pues es un tema que puede ser regulado por las partes y, además, esta renuncia no afecta el derecho de solicitar la ejecución forzada, que es la otra opción del art. 1431 del C.C. Además, estamos ante una situación prevista en el art. 1429 del C.C., en el que se alude, precisamente, al caso de que «la con-



dición resolutoria hubiere sido puesta exclusivamente en favor del acreedor, podrá éste renunciarla...».

Claro está que en todos estos casos existe acuerdo de partes, y no «imposición unilateral», que es lo que en el caso evidencia los desequilibrios en la distribución de derechos y la abusividad de la cláusula.

No es abusiva la cláusula que otorga a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, si es en favor del consumidor, y sí lo es, a criterio del literal D del art. 31, cuando esta facultad se otorga a favor del proveedor o predisponente.

En el primer caso, el adherente no participó de la negociación ni de la redacción del contrato.

No hay abusividad cuando la facultad de resolver se concede a ambas partes contratantes, pues en este caso no existe desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones.

Señala REZZONICO (*Contratos a cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, 1987, pág. 525) que este tipo de cláusulas lo solemos encontrar en los contratos turísticos. Se establece, por ejemplo, que la empresa se reserva el derecho de resolver el contrato si no se logra el mínimo de pasajeros necesario para poder realizar el viaje proyectado.

Otra forma de resolución unilateral en los contratos turísticos, la tenemos cuando se produce el «overbooking», o sea, la sobreventa de pasajes, que lleva a no poder cumplir o resolver contratos a los que finalmente no se les pueda dar entrada en el vuelo.

La Ley contiene casos en los que excepcionalmente confiere al consumidor el derecho de revocar o resolver el contrato unilateralmente y en forma discrecional, en las denominadas ventas fuera de los establecimientos comerciales. Aquí se busca lograr un equilibrio en lo que pudo ser una venta presionada o sin información en perjuicio del consumidor. No se causa un desequilibrio sino que con este derecho de revocación se trata de mantener o lograr el equilibrio.

### iii. Limitaciones

La interpretación de este inciso debe hacerse con cuidado, porque puede ser que en ciertos casos la inclusión de este tipo de cláusulas se realice para beneficiar al consumidor y que exista una causa justificada que lo amerite.

No entendemos porqué puede aparecer una causa justificada con relación a la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad (literal A), y no con relación a la existencia de cláusulas resolutorias pactadas exclusivamente en favor del proveedor.

En nuestra opinión, cuando en el art. 30 se regularon las exigencias para la abusividad de las cláusulas, se establecieron pautas que se deben aplicar necesariamente a los casos del art. 31.

La exigencia de que la cláusula abusiva sea injustificada rige para todos los casos del art. 31 como criterio general.

g) *Comentario del Literal "E"*

**i. Texto**

**«Las que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda».**

**ii. Comentario**

Invertir el orden de las cargas probatorias de puede convertir en una grave afectación de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

El inciso comentado parte de la idea de que se está en presencia de un derecho indisponible del consumidor respecto al proceso y que si se admitiera lo contrario, se afectarían garantías esenciales.

Sin duda la prueba es el aspecto medular del proceso, ya que de ella va a depender la decisión judicial. La prueba se distribuye entre las partes según criterios establecidos por el legislador, de forma que a cada una de ellas le incumbe probar determinados aspectos atinentes a la pretensión procesal (artículo 139 del Código General del Proceso). El criterio es que quien invoca un hecho tiene la carga de probarlo. Tal lo que surge del art. 139 del C.G.P. y del art. 1573 del C.C., lo que supone un criterio rector en el tema, que en principio se considera de orden público.

Por acuerdo de partes puede intentarse limitar el uso de ciertas pruebas, restringir la apreciación de la prueba, imponer al juez ciertos hechos o circunstancias como pruebas.

En el derecho comparado tenemos que las legislaciones más modernas han prohibido estas cláusulas. Así, el párrafo 11 inciso 15º de la ley alemana (AGB Gesetz) declaró la ineficacia de «toda cláusula por la que el estipulante alterara la carga de la prueba en perjuicio del co-contratante, especialmente en cuanto a: a) im-





poner a éste la carga de la prueba respecto a circunstancias que se encuentran dentro de la esfera de la responsabilidad del estipulante; b) hacer reconocer a la otra parte determinados hechos».

El artículo 2698 del Código Civil Italiano establece: «Son nulos los pactos que invierten o modifican la carga de la prueba, cuando se trata de derechos sobre los cuales las partes no pueden disponer, o cuando la inversión o la modificación tienen por objeto hacer excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio de su derecho».

MICHELI (*La carga de la prueba*, Pág. 240) entiende que estas cláusulas no son válidas pues indirectamente terminan por limitar la función jurisdicente. Se trata de derechos y obligaciones no disponibles por las partes. Como bien lo indica ROSENBERG (*La carga de la prueba*, Pág. 79) la convicción judicial no puede ser objeto de convenio entre las partes.

En la prueba se funda la sentencia que dicta el juez en el proceso, y de ello se deriva su trascendencia fundamental. Los pactos que desvirtúan lo que establece la norma en materia de prueba son considerados con desconfianza por la doctrina.

Como señala REZZONICO (*ob. cit.*, Pág. 567), estos acuerdos vienen a condicionar la actuación de los órganos judiciales.

En los contratos por adhesión, estas cláusulas pueden llevar al consumidor a una situación de indefensión, pudiendo producir por vía indirecta los mismos efectos que una exención de responsabilidad (DÍAZ DE ALABART, *ob. cit.*, pág. 299).

Dentro de este tipo de cláusula, encontramos aquellas que dan por reconocidos o probados ciertos hechos que pueden afectar al adherente. Lo que no se puede hacer entonces es establecer que la carga de la prueba será de cuenta del consumidor cuando, en realidad, es el proveedor quien tiene la carga de probar determinado hecho. **Las normas procesales que refieren a la distribución de la carga de la prueba son de orden público y, en consecuencia, no es posible alterarlas por acuerdo de partes.**

En esta misma ley se alude a la carga de la prueba que tiene el anunciante de poder acreditar la veracidad y exactitud de lo dicho en la comunicación publicitaria. No es posible por acuerdo de partes alterar este criterio de distribución de la carga de la prueba que una norma de orden público dispone.

Corresponde aclarar que el sustentar la teoría de la «carga de la prueba dinámica», exigiendo que pruebe el que tiene más fácil acceso a los elementos probatorios (art. 5, 24.4 y 189.3 del C.G.P.), no



supone auspiciar la inversión de la carga de la prueba, sino aplicar el deber de colaboración y exigir que pruebe el que pueda hacerlo. Este criterio de abusividad rige cuando la carga de la prueba la tiene el proveedor.

*h) Comentario del Literal "F"*

**i. Texto**

**«Las que impongan un representante al consumidor»**

**ii. Comentarios**

Particularmente en los contratos bancarios o de crédito existen cláusulas por las que el deudor designa, por ejemplo, a un procurador en forma irrevocable e irrevocable para que lo represente. La esencia en el contrato de mandato o de representación es la confianza.

Si la persona de confianza no la designa el interesado sino que se la imponen, se altera la sustancia de esta figura contractual y por tanto se justifica la calificación de abusividad y consecuen- cial nulidad.

Si se impone un representante seguramente éste actuará en bene- ficio del que impone y no del que supuestamente es representado.

Como se advertirá, aquí el problema es que el representante, en definitiva, no viene a representar los intereses del consumidor sino los del proveedor, y en consecuencia, el proveedor termina- ría contratando con un supuesto representante del consumidor que actuará conforme a sus intereses y no a los del consumidor, como si fuera un contrato consigo mismo.

Si el proveedor designa el representante del consumidor, los in- tereses de ambas partes no estarán representados en el acuerdo a realizar; no existirán dos centros de interés genuinos que se in- terrelacionan, sino uno solo. La representación se concibe en la medida que se actúe en interés real del representado, o sea, «por» y «para» él. Si la contraparte designa al representante, éste no va actuar para él, sino simplemente por él pero en beneficio del otro.

*i) Comentario del Literal "G"*

**i. Texto**

**«Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legal- mente de cargo del proveedor».**



**ii. Comentarios**

El literal G se relaciona íntimamente con lo establecido en el literal A. En definitiva se concreta en que se considera abusiva toda cláusula que establezca que en caso de que se le cause un daño al consumidor éste renuncia a su derecho a ser resarcido o reembolsado de los perjuicios que hubiere podido sufrir.

*j) Comentario del Literal "H"*

**i. Texto**

**«Las que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato».**

**ii. Comentario**

A este inciso damos particular importancia pues era una costumbre habitual en nuestro medio que, por ejemplo, las tarjetas de crédito, establezcan al principio que le dan al cliente un determinado obsequio, por ejemplo un servicio de asistencia vehicular o un seguro, que se ofrece gratis. Luego de pasado un mes se comunica al cliente que tiene un plazo de tres días para dejar sin efecto ese beneficio, pues de lo contrario se entiende que acepta pagar una determinada cifra por él. Como se advierte aquí se abusa del consumidor, no por lo que dice sino por lo que deja de decir, y se llega a interpretar en su contra su propio silencio.

Por principio, en el tema «del silencio» sería posible aplicar diversas pautas: «el que calla otorga»; «el que calla nada dice»; o, «el que calla cuando debió y pudo hablar, otorga».

En nuestro derecho, se recordará, el silencio como manifestación de voluntad tiene relevancia sólo cuando es un silencio circunstanciado, o sea, cuando por el entorno de las circunstancias que rodean a los hechos se entiende en forma inequívoca que ese silencio tiene una significación (Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. II vol. 1, pág. 87 y ss.).

Pero, en el caso de las relaciones de consumo, los criterios generales de la doctrina no rigen, pues el silencio en ningún caso se podrá considerar como aceptación.

Si en un contrato no negociado o por adhesión, apareciera una cláusula en la que se da valor al silencio como expresión de aceptación, en el caso que se informen modificaciones al contrato y

se establezcan plazos luego de los cuales el silencio se considera una respuesta afirmativa, este tipo de cláusula sería nula.

*k) Efecto de las cláusulas abusivas*

**i. Presentación del tema**

Especial mención exige la consideración del art. 31 de la ley 17.250 que regula, precisamente, las consecuencias de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión aplicados en las relaciones de consumo. Esta norma establece puntualmente: "La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas. En tal caso el juez integrará el contrato. Si hecho esto, el juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste careciera de causa, podrá declarar la nulidad del mismo".

La abusividad, como ya lo señaláramos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2000, pág. 230), en cualquiera de sus manifestaciones, al haber sido prohibida por normas del orden público (art. 1 de la ley 17.250 y art. 11 del C.C.), de ser transgredidas, esta infracción nos llevará a la nulidad de la cláusula o del contrato.

Al sobrepasar los límites establecidos por normas de orden público, la consecuencia es la nulidad por falta de validez. Ella, en esencia, es una sanción contra un acto apartado de las exigencias del derecho. La invalidez sólo opera en los casos establecidos por la ley como sanción. El contrato es inválido si transgrede una norma imperativa o si presenta defectos o vicios con referencia al acuerdo de partes; a la causa, al objeto o a la forma exigida por la ley. No obstante los criterios generales, puede ocurrir que la norma prevea otras consecuencias (art. 8 del C.C.) para los casos de transgresión de normas imperativas como ser, por ejemplo, una nulidad parcial sólo de la cláusula irregular.

**ii. Nulidad parcial<sup>33</sup>**

Lo hecho contra las normas prohibitivas es nulo si en las mismas no se regulan otras consecuencias (Art. 8 del C.C.). Precisamente, para estos casos de nulidad el art. 31 in fine de la ley 17.250 regula consecuencias especiales, previendo la figura de la **nulidad parcial** de una o algunas cláusulas contractuales por ser abusivas.



33 Ver Parte II Sección 2 G c

Si bien la norma prevé la posibilidad de nulidad parcial, ello depende de que el contrato pueda ser reducido o sustituida la nulidad por medidas complementarias a cargo del juez. Si ello no es posible la nulidad puede ser total y absoluta. Si la cláusula afectada es central o determinante, sin la cual el contrato no se hubiera acordado, su nulidad puede afectar al contrato por entero. SCOGNAMIGLIO (*Teoría general del contrato*, Bogotá, 1966, pág. 239 y 243), señala que mientras la nulidad puede operar de oficio por planteo del juez, para garantizar el respeto de las normas imperativas, **la nulidad parcial sólo opera a iniciativa del afectado.**

Desde nuestro punto de vista estuvo acertado el legislador al hacer referencia a la "nulidad de estas cláusulas", dejando de lado giros utilizados en el derecho comparado como que "se consideran no escritas" o que "carecen de efecto vinculante", o se "reputan no puestas", todas estas expresiones por cierto no técnicas.

El criterio rector en el tema es que sea posible despojar al contrato de lo abusivo en la medida en que ello pueda ser de utilidad para el consumidor pues, según los casos, puede ser que paradójicamente, la nulidad beneficie al que la causó.

GÓMEZ ESCALERA (*La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995 pág. 47) define la nulidad parcial como un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato. En realidad es equívoco el giro "nulidad parcial de la cláusula" pues la cláusula no es parcialmente sino totalmente nula, por lo que lo correcto sería decir "nulidad parcial del contrato".

La nulidad parcial del contrato ya había sido considerada en el Código Civil en casos puntuales como ser: en las sociedades es nulo el pacto leonino (art. 1418 del C.C.), es nulo el pacto comisorio en la hipoteca (art. 2338 del C.C.).

Pero lo interesante a destacar es que el art. 31 establece que si el juez no pudiere lograr el equilibrio del contrato una vez dispuesta la nulidad de una cláusula, podrá disponer su nulidad total por la abusividad de alguna de sus cláusulas en tanto tal quiebre la estructura del mismo. La razón de ser de la nulidad parcial es evitar que el predisponente quiera alegar que él no quiso contratar sólo con las cláusulas que quedaron válidas. La nulidad

absoluta, en algunos casos –como dijimos– puede afectar al consumidor, y es por ello que se permiten las nulidades parciales. La posibilidad de nulidad parcial de carácter absoluto en un contrato por la abusividad de alguna de las cláusulas se sustenta en la aplicación del principio de la conservación del contrato.

### iii. Reducción de lo nulo<sup>34</sup>

Importa señalar especialmente que la norma legítima respecto a la cláusula nula la función de revisión, reducción o adecuación del contrato por parte del juez.

La reducción supone, en definitiva, ajustar el contrato a la norma vigente y aplicable al caso.

En el Código Civil existen otros casos de reducción como en la donación inoficiosa (art. 1640 del C.C.) o en la reducción de la obligación del fiador (art. 2208 del C.C.). Cuando en la función de reducción el juez proceder a reducir la cláusula abusiva debe actuar guiado por la recomposición del equilibrio alterado en la distribución de derechos y obligaciones, o bien guiado por el principio de la buena fe que pasa a cumplir una función correctiva o de adecuación.

Aquí no se sustituyen lagunas sino cláusulas abusivas por otras que no lo son dentro de todo el contexto del contrato.

Por lo dicho, para nosotros no es técnicamente correcto utilizar el término integración pues aquí no se actúa ante una imprevisión, laguna o vacío dejado por las partes sino que se sustituyen cláusulas, lo que por cierto es diferente y, para nosotros, es una típica función de adecuación también denominada función supletoria.

*l) Otras cláusulas abusivas.*

### i. Cláusula de aceptación de riesgo o aumento de responsabilidades

Una parte puede aumentar la responsabilidad de la otra haciéndose asumir ciertos riesgos, reparar los daños de las situaciones fortuitas o de fuerza mayor, calificar a una obligación que generalmente es de medio como de resultado, cambiar los plazos de prescripción elevar los montos resarcitorios. A través de esta cláusula se acuerda que el adherente asuma las consecuencias



34 Ver Parte II Sección I nº 2 J.

derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor, debiendo resarcir los daños que por tal concepto se causaren.

Estas cláusulas fueron previstas expresamente en nuestro Código Civil. El artículo 1343, inciso 1º, prevé especialmente la hipótesis de que alguna de las partes haya asumido la obligación de resarcir los daños emergentes del caso fortuito o la fuerza mayor, posición que se reafirma en lo preceptuado por el artículo 1552 del mismo cuerpo normativo.

En consecuencia, esta hipótesis estaría permitida dentro del alcance del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos libremente negociados y no afectaría al orden público.

Se parte de la base de que si el deudor asumió esta obligación, es porque sin lugar a dudas debió de recibir un beneficio mayor en su contraprestación.

Podía haberse contratado un seguro que previera las consecuencias de estos daños, pero si las partes acordaron que una de ellas asumiría estos riesgos, seguramente se hizo considerando este punto como uno de los de la negociación.

En los contratos de adhesión, puede ser que no exista un debido equilibrio en la distribución de la carga de esta garantía, afectándose la posición del consumidor y evidenciando la afectación que existió en el proceso volitivo.

El Código Civil aceptó este tipo de cláusulas para los casos de contratos libremente negociados, En el contrato por adhesión la situación es diversa y, en cuanto tal, no se puede descartar que alguna de estas cláusulas pueda ser considerada como abusiva.

Para admitir la validez de esta cláusula se debe ser muy estricto en la consideración de la existencia de un consentimiento; y se deberá ser muy claro en lo que respecta al alcance que se le da a éste.

Se plantea la interrogante de si es posible renunciar al derecho de demandar la resolución o revisión del contrato frente a los efectos de un acontecimiento futuro e incierto que altere esencialmente la ecuación económica del contrato (imprevisión).

El artículo 1346 del C.C. señala que «el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se hayan previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no haya provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación».

De esta cláusula surge que nadie puede ser responsabilizado de las consecuencias de hechos imprevisibles a menos que exista

dolo de su parte. En consecuencia, prever las consecuencias de hechos imprevisibles estaría llevando a la indeterminación del objeto del contrato y podría tratarse de cláusulas nulas.

Concretamente, en la esfera de los contratos por adhesión, este tipo de cláusulas suelen ser abusivas y contrarias al orden público, pues terminan por afectar la estabilidad y el equilibrio de las prestaciones. En los contratos negociados pueden ser válidas, pero su efectividad alcanza solamente a lo que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato.

## ii. Cláusula de cambio de jurisdicción (cláusula compromisoria)

### i. Presentación del tema

La cláusula compromisoria por la que se deriva la resolución de conflictos a un tribunal arbitral puede ser abusiva según los casos pues ello puede suponer aumentar los costos procesales y limitar en la parte débil el acceso a la justicia. Además, en su regulación pueden existir abusos notorios cuando, por ejemplo, el tercer miembro en caso de discordia, lo elige el proponente.

Las partes acuerdan que los futuros juicios que puedan surgir entre ellas no serán dirimidos por la justicia ordinaria, sino por un árbitro, o bien se acuerda que no actuará determinado juez sino otro en otra jurisdicción (CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, pág. 324). Los procesalistas han admitido que la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales podrá ser prorrogada de conformidad por las partes, pues estas normas apuntan a facilitar la actuación procesal de las partes, hallándose establecidas en el presunto interés de éstas. De aquí se deduce que sus reglas se consideren dispositivas, lo que importa que las partes pueden convencionalmente apartarse de ellas y someterse a jueces y tribunales diferentes a los fijados por el legislador.

No ocurre lo mismo en lo que respecta a directivas dadas por la ley en materia de competencia por razón de materia, la que condiciona la eficiencia misma de la administración de justicia y, en cuanto tal, ponen en juego el interés general, no pudiendo ser disponibles sus normas por las partes.

STIGLITZ y STIGLITZ (*Contratos por adhesión*, Pág. 166) afirman con acierto que «en los contratos de adhesión la sumisión acordada en fuero del domicilio del proponente a fin de concentrar en sede



de su establecimiento los eventuales procesos a promoverse, es cláusula que le favorece en detrimento del adherente, y que puede ser leonina bajo determinadas circunstancias.

Y éstas se hallan estrechamente vinculadas al equilibrio procesal de las partes litigantes, pues si la prórroga predispuesta por el empresario importa una ventaja excesiva en su favor, y desemboca en una efectiva indefensión del adherente, nos hallamos frente a una condición general abusiva sujeta a una pretensión de invalidez y sustituida automáticamente por la norma dispositiva.

Esta elección de jurisdicción le permite al proponente:

- 1) estar en mejores condiciones de planificar sus juicios;
- 2) tiene mejor posibilidad de relacionarse con el personal judicial;
- 3) aprovecha la experiencia de juicios anteriores;
- 4) por su ubicación le será más económica.

Estos autores entienden que el predisponente, al poder imponer la jurisdicción competente obtiene ventajas que medran la igualdad del proceso y que consisten esencialmente en concentrar sus litigios, cualquiera sea su posición en el proceso, en el lugar que corresponde a la sede principal de sus negocios.

BERLIOZ (*Ob. cit.*, n. 130, Pág. 73) sostiene que «forzando al adherente a desplazarse a un tribunal alejado por un litigio referente a sumas relativamente poco importantes, dichas cláusulas concluyen a menudo por privar al adherente de todo recurso judicial, constituyendo así, cláusulas de exoneración».

Obligar al adherente al cambio de lugar para litigar, en los hechos encarece y dificulta, por no decir imposibilita, la defensa.

### *ii. Derecho positivo*

Comenzamos por destacar que es un derecho esencial y de orden público de los consumidores el acceso a la justicia (Art. 6G de la ley 17.250), lo que sin duda se vería afectado de admitirse sin más la prórroga de competencia.

Con carácter general debemos tener presente que en nuestro derecho el artículo 10 de la ley 15.570 (Ley Orgánica de la Judicatura) ordena: «La competencia de los tribunales sólo es prorrogable de lugar a lugar». Luego el artículo 11 ordena: «La prórroga de competencia puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando en el contrato mismo o en un acto posterior, han convenido en ello las partes, designando al tribunal a quien se someten. Es tácita, por parte del demandante, por el hecho de ocurrir ante el tribunal interponiendo su demanda, y por parte del demandado, por el hecho de no oponer la excepción declinatoria dentro del plazo legal».

De lo expuesto surge que no es posible la prórroga de competencia por razón de la materia y por razón de cuantía, y sólo es posible en materia de territorio.

Analizando nuestro tema desde la óptica del derecho internacional privado tenemos que, conforme a lo que se prevé en Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, firmado por Uruguay, Argentina, Paraguay y Brasil (art. 56; Apéndice del Código Civil, artículo 2401), las cláusulas que pretendan alterar la jurisdicción competente son nulas. En las normas referidas se adoptó como principio el criterio conocido como «Asser» para determinar la competencia jurisdiccional internacional, en virtud del cual son competentes para intervenir en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones.

En materia de contratos, se aplica la ley del lugar en que éste se cumpla (artículo 32 y siguientes del Tratado referido y 2339 del CC).

Este criterio impuesto con carácter general y por razones de orden público no puede ser variado por acuerdo de partes (FRESNEDO DE AGUIRRE, «Las cláusulas abusivas y la cláusula de jurisdicción en los contratos internacionales de adhesión», *Revista Judicatura*, n. 34, Pág. 292).

Las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas se ha tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuyo orden social y económico se vincula, por su naturaleza, la relación jurídica de que se trata.

### *iii. Cláusulas que abrevian el plazo de prescripción*

Este tipo de cláusulas consisten en aceptar una disminución del plazo con que se cuenta para ejercitar un derecho que les es propio al adherente. Se acortan, por ejemplo, los plazos con que cuenta el acreedor para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento.

Para SPOTA (*Tratado de derecho civil*, t. X, n. 2178) la abreviación de los plazos de prescripción puede ofender al orden público, siempre que impliquen colocar a uno de los contratantes en una situación de indefensión o imposibiliten o dificulten la pretensión referente al hecho extintivo legalmente producido.

Con estas cláusulas se tiende a una liberación más rápida del deudor y pueden ser particularmente peligrosas cuando son impuestas por el mismo deudor de la prestación. No parece lógico que el acreedor de estas prestaciones consienta libremente una reducción de plazos dentro de los cuales puede hacer efectivo el cobro de su derecho.

**En la doctrina nacional, AMÉZAGA** (*Culpa contractual*, pág. 104) afirmó: «yo siempre he creído, desde hace muchísimos años que estas cláusulas de abreviación de plazos, para hacer efectiva la responsabilidad, son cláusulas contrarias al orden público, porque los plazos fijados por el código civil para la prescripción, todos ellos son plazos de orden público y quedan fuera del alcance de las modificaciones que en ellos puedan introducir las partes contratantes».

**CESTAU** («Abreviación convencional de los términos de prescripción», *Rev. Asoc. de Escribanos*, t. XXX, pág. 323) sostiene que si bien estos plazos no pueden renunciarse por anticipado (artículo 1189 del C.C.), es posible acortarlos.

Para **GAMARRA** (*ob. cit.*, pág. 260) la validez de estas cláusulas resulta incuestionable, lo que no significa que no haya nulidad cuando la brevedad del plazo fijado le quite al acreedor la posibilidad práctica de accionar.

**RODRÍGUEZ RUSSO** ("Autonomía privada en materia de prescripción y caducidad en el sistema del Código Civil Uruguayo" en *A.D.C.U.*, t. XXXVII, pág. 676), considera que en nuestro derecho no hay normas expresas sobre la inderogabilidad del sistema prescriptorio. Sostiene que cualquier acuerdo para convertir en imprescriptible un derecho que la norma establece como prescriptible estaría prohibido pues sería una renuncia anticipada, acorde a lo dispuesto por el art. 1189 del C.C. Para el autor sí sería posible abreviar los plazos de prescripción mediante un negocio jurídico pero con ciertos límites. Así, no sería válido un pacto que acortase los plazos de forma tal que el titular perdiera el derecho a ejercer su defensa.

**PEIRANO FACIO** (*Curso de obligaciones*, t. VI, pág. 278), en criterio que se comparte, señala que en materia de modificación de plazos de prescripción no puede admitirse la variación de los mismos si las partes quieren alargarlos. Y respecto del acortamiento de los plazos de prescripción, el criterio varía, pues dependerá de cada caso concreto, ya que si bien no hay ninguna razón teórica para impedir que se puedan acortar los plazos, habrá que analizar en cada caso concreto si este acortamiento tiende o no a destruir las garantías que asisten al acreedor para el cobro de su crédito<sup>35</sup>.

Consideramos que en los contratos de adhesión la utilización de estas cláusulas puede suponer la existencia de una cláusula abusiva o vejatoria. ¿Qué interés puede tener el adherente en que le reduzcan el plazo con que cuenta para realizar sus reclamaciones? Estas cláusulas suelen aparecer en los contratos en los que, precisamente, es posible imponer condiciones y someter al deudor.

En ciertos casos la reducción de plazos significa su extinción o negación, pues vuelve inviable el ejercicio del derecho. En otros, el plazo de prescripción puede ser de orden público y, en cuanto tal, su alteración supondría la invalidez de la cláusula. Es corriente pretender acortar los plazos con que se cuenta para denunciar defectos, vicios en la cosa mueble, a partir de la recepción de alguna cosa. En algunas legislaciones, como la alemana, se declararon ineficaces las cláusulas que reducen plazos de caducidad para la denuncia de defectos (Párrafo 11 literal 10 del AGB Gesetz).

El gran tema aquí pasa por recordar, como bien lo hace LÓPEZ HERRERA (*Tratado de la prescripción liberatoria*, Buenos Aires, 2007, t. I, pág. 445 y ss.) que si bien la autonomía privada es libre, tiene

35 En el ámbito específico de los contratos de seguros, BADO CARDOZO ("Abreviación del plazo de prescripción de las acciones del asegurador" en *Revista La Ley Uruguay*, año 1, nº 1, pág. 40) entiende que el art. 1021 del C.Co. establece que las acciones provenientes de la póliza de seguros prescriben al cumplirse el término de un año desde que la obligación se hace exigible.

En ciertas pólizas de seguros, en tanto contratos de adhesión, se trató de imponer cláusulas que reducen estos plazos en beneficio de las empresas aseguradoras. La autora, en términos que se comparten, sostiene que el tema de prescripción es de orden público y, por tanto, según el art. 11 del C.C., las partes no pueden por convenios particulares derogar leyes en cuya observancia está interesado el orden público.



sus límites, y uno de estos es, precisamente, el respeto del orden público y del interés general. El tema de la prescripción es, por naturaleza, de orden público y refiere al interés general. La regla, casi sin excepciones, es la total regulación legal inmodificable por voluntad de las partes. Es innegable que en la prescripción el deudor busca liberarse lo más rápido posible y acortar los plazos y el acreedor, todo lo contrario, tratará de conservar su crédito el mayor tiempo posible. Si los plazos pueden depender de la voluntad, el más fuerte los ampliará o reducirá a su conveniencia. El interés general se traduce en la protección de ciertas garantías que están marcadas en los plazos. Si se reducen, se afectan estas garantías mínimas impuestas por el sistema jurídico.

En el ámbito del derecho del consumo, la cláusula que introduce reducción de plazos de prescripción en perjuicio del consumidor supone una renuncia de derechos a la que alude el literal B del art. 31 de la ley 17.250 como cláusula abusiva.

En el derecho comparado, el art. 2889 del C.C. de Québec y el art. 2936 del C.C. Italiano, consideraron nulos los pactos de plazos de prescripción distintos a los legales.

Por su parte, el art. 202 del BGB, en la reciente regulación del año 2002, dispuso que: "1) para los casos de dolo la prescripción no puede ser reducida anticipadamente por medio de un negocio jurídico; y 2) la prescripción no puede ser agravada en virtud de un negocio jurídico cuando se trata de un plazo mayor de 30 años previsto en la ley".

Ello estaría indirectamente admitiendo la reducción cuando no implique dispensa de dolo y la prolongación con el límite máximo de 30 años.

**En nuestra opinión los plazos de prescripción son de orden público y, acorde a nuestro orden jurídico, no se pueden ampliar ni reducir, y no sería bueno que quedaran al arbitrio del más fuerte pues están en juego garantías sustanciales en el relacionamiento de intereses.** Tampoco es posible reducirlos pues estos pactos, como bien anota LÓPEZ HERRERA (ob. cit., pág. 454), terminarían por desnaturalizar la prescripción y la experiencia diaria marca que en su sano juicio, y estando bien informado, no es posible admitir que el acreedor acepte libremente abreviar el plazo de prescripción para el cobro de créditos.

Fuera de la relación de consumo y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 31 literal B de la ley 17.250 ya referido, estamos de



acuerdo en que no existe ninguna ley que prohíba estos pactos pero tampoco existe ninguna norma que los permite. Reducir los plazos, como lo señala LÓPEZ HERRERA (ob. cit., pág. 455), puede ser interpretado como renunciar a prescribir en el futuro. El plazo existe de antemano porque la ley lo consagra y al acordar disminuirlo, ello no es más que una renuncia, si se quiere parcial, en el caso de reducción de plazos, pero renuncia al fin y, en consecuencia, desde nuestro punto de vista, también se estaría apartando del art. 1189 del C.C.

En síntesis, la reducción o renuncia de plazos de prescripción está prohibida en el art. 1189 del C.C. y 1014 del C. Co. Esto encuentra su fundamento, precisamente, en que la prescripción es de orden público, no siendo posible renunciarla, reducirla, ampliarla o efectuarle cambios similares. Por ello entendemos que las cláusulas de reducción o renuncia de plazos de prescripción son esencialmente nulas.

m) Conclusiones

## I

KUHN (*La structure des revolutions scientifiques*, París, 1973) admite que toda revolución científica supone el abandono del paradigma previamente admitido.

Paradigmas tales como el que sustenta que "las prestaciones deben mirarse como equivalentes"; "lo libremente consentido es por ello justo"; "lo libremente consentido obliga como la ley misma"... exigen cierta flexibilización a la hora de pretender un derecho contractual realista y esencialmente justo.

Los Códigos Civiles inspirados en las ideas del siglo XVII y XVIII se sustentan, en materia contractual, sobre ficciones utilizadas para preservar ciertas apariencias de libertad e igualdad que realmente se presuponen y no responden a la realidad (MORIN, *La revolte du droit contre le code*, París, 1945, pág. 13). Estas ficciones, por cierto muy necesarias en su época, hoy reclaman una profunda revisión con miras al derecho contractual del siglo XXI.

La revolución industrial del siglo XIX no solamente cambió las estructuras económicas y sociales, sino que aumentó las diferencias y desigualdades económicas entre las personas, y marcó una realidad para la que el sistema jurídico no estaba preparado, terminando por afectar seriamente los presupuestos del principio básico del derecho contractual, cual es el de la autonomía de la voluntad y su efecto

consecuencial, la fuerza obligatoria del contrato en su asimilación a la ley.

Los presupuestos o los paradigmas en que se sostuvo el derecho contractual clásico, llevaron a un total desinterés por el contenido del contrato. Lo que importaba entonces era la libertad de contratar, considerada como un fin en sí misma, sin considerar en realidad para qué era utilizada.

Cuando irrumpe en el medio, como exigencia del derecho económico, la forma de contratación por adhesión, la libertad de contratación dejó de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio, pasándose a considerar con mayor detención y preocupación los objetivos que se buscaban y los resultados a que se llega con la utilización de esta forma de contratación.

Quienes enfocaron el tema con mayor realismo pronto advirtieron que en el denominado contrato por adhesión existía una verdadera tolerancia en su consideración como contrato. Bien se sabía que el adherente no sólo no participaba en la elaboración del contrato, sino que, en muchos casos, no tenía más remedio que aceptar su imposición.

**La adhesión en realidad no era un consentimiento ni una aceptación, sino un «acto de confianza»** que suponía dejar la negociación en todos sus términos en manos del proponente, en el convencimiento de que éste no actuaría de mala fe.

## II

En el siglo XVIII primó la tutela de la libertad sobre la justicia, siendo el hombre en su individualidad la razón de ser de todas las cosas.

La protección de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad, se convirtieron en el eje del sistema. La justicia pierde relevancia frente a la libertad y en este entorno importa más saber si el contrato fue libremente pactado que si lo que regula es o no justo. Es más, si fue libremente consentido, lo acordado se sobreentiende como justo y equilibrado.

Se olvidó, nada menos, que junto a la libertad debe existir la igualdad real de las partes (económica, intelectual, etc.), siendo este último ingrediente el gran ignorado de aquellas épocas.

La realidad superó a la ley y empujó, y sigue empujando, para que en definitiva se considere a la hora de aplicar el derecho.



El poder económico en manos de unos pocos llevó a que pronto se advirtieran casos de contratos abusivos o leoninos que eran el reflejo de una clara ausencia «del juego de libre oferta y demanda».

A ello debe sumarse que a la sociedad se la vuelve consumista y el hombre pierde individualidad para masificarse en los intercambios comerciales.

Las reacciones no se hicieron esperar y hoy somos testigos de un verdadero «éxodo» hacia la consideración de la paridad o equivalencia razonable y real de las prestaciones. Los derechos ya no se conciben en la individualidad, sino con y en relación al medio social, que es donde realmente surgen. Así, el derecho de propiedad dejó de ser absoluto y se concibe en su función social; la libertad contractual se concibe en armonía con la función social que debe cumplir el contrato (Rorpo, *Il contratto*, Bologna, 1977, pág. 265). Se comienza con el proceso de objetivación del contrato que, prescindiendo o reduciendo la función del acuerdo entre partes trata de evitar que el mismo sea utilizado como instrumento de abusos; se busca evitar la adhesión irreflexiva; el consentimiento desinformado; los desequilibrios anormales e injustos de las prestaciones.

Por muchos años se fue testigo callado de que la libertad contractual esclavizaba o era un medio de abusos y se pasa a ver cómo la ley, con su imperativo nivelador, pasa a liberar realmente a las partes. No se trata de negar la libertad contractual, sino de ser conscientes de que ella existe y se justifica sólo en la medida en que coexista en forma armónica con los derechos y libertades de los demás.

### III

La comprensión de nuestro tema supone considerar que el derecho contractual moderno acusa una marcada y justificada preocupación por «el débil» en el momento que éste participa de la denominada relación de consumo. **La evolución se advierte a tal punto que podemos señalar que en una época preocupó el deudor, y hoy su lugar lo ocupa el débil de forma que podemos sostener que del principio «favor debitoris» se ha pasado al principio «favor debilis».**

Desde la época del derecho romano conformaron la misma esencia del derecho privado ciertos principios básicos como el «contra stipulatorem» o «favor debitoris» (artículo 1304 del C.C.). En el artículo 296 inciso 7º del Código de Comercio, en forma clara se establece que «en el caso de que existan dudas que no puedan resolverse según las



bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea, en el sentido de la liberación»

La doctrina moderna, de la mano de los más destacados juristas argentinos (ALTERINI - LÓPEZ CABANA, «La debilidad jurídica en la contratación contemporánea» en *Derecho de daños*, pág. 100) señala que los criterios jurídicos actuales predicen la protección del contratante a través, precisamente, del contralor de las cláusulas abusivas y la interpretación "favor debilis".

Esta categoría de los «débiles», por cierto diferente a la del «deudor», considera, no tanto el fenómeno jurídico contractual, sino una realidad socio-económica y de mercado, o sea, la relación del denominado profesional (empresario) y consumidor que conforma la relación de consumo.

Esta realidad en los hechos dejó ya de ser una opinión o apreciación doctrinaria, para cobrar vigencia prácticamente a nivel mundial, no sólo con la regulación específica, que ya existe en la mayor parte de los países, de los denominados derechos de los consumidores, sino al mismo nivel de la Comunidad Europea, donde se han aprobado directivas muy concretas que parten de considerar la relación de consumo como una forma de interacción entre personas donde se enfrenta un fuerte (con mayor poder económico) y un débil (consumidor), siendo de vital importancia controlar que en estos casos no se cometan abusos y se logren beneficios injustificados.

#### IV

Los claros y cada vez más pronunciados desequilibrios que existieron entre las partes en relación al poder de negociación, llevó a que el sistema contractual moderno dedicara especial atención al contralor de las cláusulas que con abuso se pretenden imponer aprovechando precisamente aquellas circunstancias.

La confianza y la tolerancia que supuso la admisión de esta forma de contratación por adhesión, llevó a que necesariamente se debiera aumentar el control en el proceder de buena fe de las partes.

En nuestra opinión, dentro del sistema jurídico contractual vigente, existen ya elementos de control importantes y eficaces como para evitar los efectos de las cláusulas abusivas.

El ordenamiento jurídico autoriza a que la autonomía de la voluntad opere con alcance vinculante en la medida en que se actúe dentro de lo previsto por el mismo sistema jurídico. De la misma norma surgen algunas pautas para la determinación de la abusivi-



dad de las cláusulas, así como los medios para establecer sus consecuencias. El poder de autorregulación de intereses entre las partes está limitado por pautas generales que no pueden ignorarse: en este sentido, más allá de las previsiones de las partes, éstas quedan obligadas como efecto directo del mismo contrato a la luz de las normas vigentes, a todas las consecuencias que surjan de la naturaleza de lo acordado y a lo que imponga el deber de actuar de buena fe (artículo 1291 del C.C.). No siempre los «efectos de los contratos» son consentidos o queridos por las partes, sino que se imponen por la misma fuerza normativa.

La determinación de la abusividad de la cláusula viene dada por la aplicación de diversos criterios: en primer lugar lo que supone un apartamiento del orden jurídico vigente, tanto en relación a sus normas imperativas como también de sus normas dispositivas.

En este último caso debemos considerar que las partes «de común acuerdo» están facultadas para dejar de lado las normas dispositivas, pero sucede que no podemos decir que este «común acuerdo» exista en el plano de la realidad en los denominados contratos por adhesión, donde las cláusulas surgen por preformulación unilateral, sin negociación de ninguna especie. Cuando la derogación no es una obra común, no podemos admitir que las normas dispositivas queden sin efecto.

## V

**Nuestro sistema jurídico vigente permitiría sin mayores esfuerzos determinar la existencia con carácter general de cláusulas abusivas a través de los criterios propuestos que refieren, como viéramos, a la ponderación de la buena fe en el ejercicio abusivo de la libertad contractual; el apartamiento injustificado del derecho dispositivo vigente; la existencia de claros y significativos desequilibrios entre las prestaciones y la confrontación con las exigencias de un nuevo orden público económico.**

La zona de mayores carencias normativas la encontramos en la regulación de las consecuencias o efectos que estas cláusulas pueden proyectar sobre la vida del contrato. Partiendo de la ilicitud de las mismas, la consecuencia correspondiente al régimen vigente sería la nulidad, a menos que una ley para el caso concreto establezca una consecuencia diferente (artículo 8 del C.C.).

En estos casos si la nulidad de la cláusula no afecta la esencia del negocio, estaríamos ante una nulidad parcial, debiendo entonces analizar si es posible que el contrato subsista sin esta cláusula, o



por el contrario debemos proceder a su integración. En esta instancia somos de la opinión que debe procederse a realizar una «reducción conservadora» del contrato, o sea, ajustarlo a lo que surge del orden dispositivo vigente para el tipo de contrato de que se trate.

## VI

ALTERINI y LÓPEZ CABANA («La debilidad jurídica en la contratación contemporánea» en la obra *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1992, pág. 103) concluían este magnífico estudio con una interesante interrogante, señalando que como el orden nuevo debe surgir laboriosamente del orden actual, la pregunta a formular es qué se debe conservar y qué se debe sustituir. Pensamos que llegó en nuestro derecho la hora de destruir ciertos paradigmas o presunciones sobre las que se apoyó el derecho contractual clásico y que mucho mal pueden causarle al derecho contractual del siglo XXI.

Si pronto no contamos con la legislación apropiada deberán aunarse esfuerzos, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, como para transitar por aquellos espacios conceptuales que deja abiertos la norma a través de los cuales se tienda a una transformación progresiva que, contemplando la nueva realidad socioeconómica, adecue el sistema a un modelo ético y justo, con miras al bien común.

Diferentes circunstancias pueden determinar que una parte quede frente a la otra con “poder de imposición” determinando la “vulnerabilidad” del que carece de un poder equilibrante. Sea porque su poder económico le permite recurrir a la predisposición unilateral a través de los contratos por adhesión; sea por la falta de información, por la ignorancia, inexperiencia, por el estado de necesidad económica, por la existencia de una verdadera relación de dependencia o de confianza... comienza a quedar muy clara la presencia de un fuerte que está en condiciones de abusarse de un débil y si ello ocurre, no puede ser admitido con el encubrimiento cómplice de recurrir a “que fue aceptado o firmado”.

El derecho contractual comienza a poner atención en las consecuencias y no sólo a los orígenes del contrato, denunciando y cuestionando las iniquidades, los abusos, los beneficios exorbitantes e injustificados.

En el fondo, cuando hay imposición hay falta de libertad en una de las partes y es esto también lo que justifica la necesidad de protección pues la autonomía privada contractual, para ser tal, debe ser necesariamente bilateral pues lo contrario implica despersonalización y deshumanización del contrato.

Ante la imposición no hay consentimiento sino sometimiento y no es ésta, precisamente, la situación en la que se puede perfeccionar un contrato que exige acuerdo de partes. Como ya lo venimos sosteniendo (ORDOQUI CASTILLA; *Derecho de Consumo*, pág. 187), el que adhiere no consiente sino que confía forzosamente.

La explotación del débil involucra necesariamente aspectos éticos que no pueden soslayarse y que se traducen en claros apartamientos a las exigencias de proceder de buena fe que rige para todo tipo de contrato; de aquí la justificación de las propuestas que, por diferentes caminos, tratan de llegar a un mayor equilibrio contractual en semejantes circunstancias. En ningún caso se podrá admitir que en el contrato reine la ley del más fuerte pues, llegado a este punto, caerán las posibilidades de la exigibilidad de la prestación lograda en tales circunstancias. La autonomía privada o la fuerza vinculante del contrato no sobrepasan el área de protección de la buena fe pues aquella debe necesariamente coexistir con ésta y con el orden público de protección en ella apoyado.

Ello puede volver la ocasión tentadora para sacar ventajas irregulares a través de la explotación o imposición de condiciones o cláusulas abusivas.

Esta falta de igualdad entre el poder negociador de las partes que en otra época se presuponía hoy se considera en su realidad, tratando de evitar los abusos a que se puede prestar.

La buena fe es la columna vertebral de toda la temática de la abusividad pues opera activamente en su "determinación" como límite operativo de la autonomía privada y en su "reducción" llegada la hora de restaurar el equilibrio prestacional perdido, cuando ello aun es posible.

Lo importante de la regulación de las cláusulas abusivas no está sólo en que preserva el equilibrio contractual sino que de ella depende la tutela en el equilibrio de la libertad e igualdad real con la que se contrata, que suele ser especialmente afectada cuando en lugar de negociaciones lo que existe es imposición en la que el consentimiento fue sustituido por la confianza.

En esencia, en la regulación de la abusividad de las cláusulas se protege la confianza que es imprescindible para el tráfico jurídico y para que «el contrato» no sea utilizado como instrumento de explotación. No se permite tratos desiguales entre las partes. Como bien lo señalan MENÉNDEZ MENÉNDEZ - DIEZ PICAZO (*Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 242),

el desequilibrio contractual remite a una idea de desigualdad. Si se aceptan los contratos por adhesión sin controles los contratantes no serán iguales en derechos y obligaciones porque uno de ellos logrará imponerse sobre el otro. La norma, en definitiva, viene a proteger la libertad e igualdad, brindando los elementos necesarios para reestructurar el equilibrio perdido, cuando el desequilibrio es significativo e injustificado, o cuando escapó del alea normal del acuerdo. Estos controles de desequilibrio contractual a través de la posible reducción de las cláusulas abusivas permiten que existan contratos por adhesión y, en muchos casos, que la confianza pueda sustituir al consentimiento. No corresponde, en realidad, reprochar al adherente el no haber descubierto las trampas o abusos del predisponente, pues lo único que hizo fue confiar.

La equidad y la buena fe, en el Art. 1291 inciso 2º del C.C., son el complemento ineludible de los Arts. 30 y 31 de la Ley 17.250 al regular las cláusulas abusivas. No son meras alegorías morales, secundarias o extralegales, sino que son normas jurídicas aplicables a la preservación de los fines del orden jurídico contractual como lo son el respeto de libertad e igualdad reales de los contratantes.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ - DIEZ PICAZO (*ob. cit.*, pág. 945) sostienen que en estos casos la buena fe permite operar sobre las reglas del derecho dispositivo, transformándolas en derecho operativo en el caso concreto, para acceder al equilibrio de derechos y obligaciones. La trascendencia de la labor del juez es muy clara pues debe apreciar las circunstancias y establecer si, según la buena fe, las normas de derecho dispositivo para los contratos en general deben considerarse para el caso concreto como si fueran imperativas. Más que decir que no hay razón o justificación para dejar de lado el derecho dispositivo, lo que se establece es que por razones de buena fe esas normas dispositivas operan como si fueran imperativas, no pudiendo ser eliminadas porque generan un desequilibrio injustificado.

Así, se protege la confianza del consumidor cuando la buena fe posibilita la coexistencia de la autonomía privada (del predisponente) con el respeto de la igualdad y la libertad del adherente que no pudo más que confiar.

#### *n) Jurisprudencia*

1. *En el caso se impugnaron como cláusulas abusivas las existentes en un contrato de fianza bancaria, en particular las cláusulas IX y XI, que luego de establecido el carácter solidario de la fianza habilitan al acreedor a reclamar el pago del fiador sin intimación ni aviso previo, y a cobrarse extraju-*

dicialmente, pudiendo debitar los fondos de cualquier cuenta que tuviera el fiador en la institución o compensar del mismo modo, quedando autorizado para realizar las conversiones en moneda que fueran necesarias a tal efecto.

A juicio de la Sala las cláusulas impugnadas no exorbitan las facultades que las leyes admiten, y por tanto no configuran un abuso en beneficio del acreedor beneficiario de la fianza.

El posible abuso deja de serlo por haber sido consentido por el actor en el contrato, lo que opera como una causa de justificación que elimina la ilicitud del comportamiento y excluye, por tanto, la eventual responsabilidad.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia 228 de 1º.IX.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 8**

~

2. La cláusula IX, referente a irresponsabilidad por la atención médica, debe desaplicarse, por abusiva e inserta en un contrato de adhesión, pues refiere a irresponsabilidad por daño a la persona y sólo cabe admitirla por el principio de autonomía de la voluntad para los daños a las cosas.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 173 de 29.VI.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 125.**

~

3. El Banco República pretende exonerarse de responsabilidad invocando a su favor la cláusula puesta al dorso (en letra pequeña) de los formularios de depósito que dice: "el banco remitirá a la localidad correspondiente los cheques pagaderos en otra plaza, los que viajarán por cuenta y riesgo del titular de la cuenta". No compartimos esta posición y ello porque coincidimos con la parte actora en que se trata de una cláusula abusiva que encarta en las hipótesis de los literales A y B del Art. 31 de la ley 17250, siendo, por ende, nula.

Por consiguiente, corresponde valorar la conducta del BROU no en función de la cláusula abusiva por éste invocada, sino atendiendo a las normas y principios generales de la responsabilidad civil (Art. 31 in fine de la citada ley), lo que nos lleva a concluir en que el banco obró con culpa al no haber declarado el valor de los cheques, lo que hubiera asegurado la restitución del importe en caso de hurto o extravío; los envió, en cambio, por despacho común, lo que demuestra su imprudencia y negligencia al no haber tomado las más elementales medidas de seguridad ante una encomienda de tal naturaleza, máxime cuando se probó que la cartera de los cheques viajaba en la bodega del ómnibus, que ni siquiera contaba con un cofre de seguridad.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 133 de 10.XI. 2004, A.D.C.U., t. XXV, caso 162.**

### 3. ABUSO EN EL DERECHO DE RETRACTO PRECONTRACTUAL

#### A) Generalidades

Puede ocurrir que el contrato sea el resultado de un acuerdo instantáneo de voluntades o bien que el mismo responda a un acontecer de tratativas que tuvieron toda su evolución hacia la conclusión de un acuerdo. En este caso existe lo que MESSINEO (voce «Contratto», *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1968, t. IX, Nº 34, Pág. 845) denomina «ex intervalo temporis», o sea, una etapa de antecedentes de duración variable.

Este mismo autor nos señala que, a su vez, en la etapa preparatoria se deben diferenciar dos fases: en un primer momento tenemos la "*invitatio ad offerendum*", donde se invita a ofertar y estar a lo que el otro ofrezca; en esta etapa preparatoria se desea conocer las aspiraciones de la contraparte y sólo existe intención de «tratar». En esta instancia sólo existen tanteos, ideas. No existen aun ofertas concretas. El retiro o el receso en este momento es algo natural o normal.

Corresponde anotar que esta etapa de las tratativas es prescindible y no necesaria para la perfección del contrato. De hecho, por ejemplo, en los denominados contratos por adhesión, esta instancia no existe y todo se concreta en una adhesión a una preformulación unilateral.

La segunda etapa, que denominamos "conclusiva", comienza cuando existe una oferta sobre la que puede o no existir una aceptación y con ello la perfección del contrato.

**Se analiza a continuación la posibilidad de incurrir en abuso de derecho cuando se procede en situaciones que pueden ubicarse en el ámbito de la responsabilidad precontractual, como puede ser el caso del retracto intempestivo en las tratativas abusando del ejercicio de este derecho.**

La ruptura de las tratativas puede generar responsabilidad precontractual cuando, por ejemplo, se procedió de forma tal que se creó una apariencia de la que razonablemente se podía deducir la existencia de voluntad de contratar, que llevó a la parte a invertir en asesoramientos y trabajar para formalizar el contrato legítimamente esperado. En esta instancia se debe ser particularmente cuidadoso, pues la mala aplicación de esta responsabilidad puede llevar a lesionar la libertad de retractarse antes de perfeccionar el contrato.

Para que se pueda pensar en responsabilidad en esta etapa, se requiere: haber inspirado una "confianza razonable" (de que se realizaría el contrato); "ruptura injustificada de las tratativas". Se requiere además, haber causado un daño y que el mismo esté relacionado causalmente con la confianza inspirada. Dándose estos supuestos, lo que sucede en realidad es que se "ejerce en forma abusiva el derecho de retracto".

## B) Concepto

La denominación de responsabilidad precontractual está señalando que se origina esta situación de responsabilidad precisamente en la etapa previa al contrato. Si el contrato ya estuviera formado se regularía por los principios de responsabilidad contractual. Como dijéramos antes, en la faz precontractual el deber de actuar de buena fe se manifiesta por la exigencia de informar con corrección, actuar con lealtad y respetar un deber de protección. La transgresión a estos deberes de conducta cuando se causen daños, genera una situación de responsabilidad precontractual. Lo que se busca con la responsabilidad precontractual es tutelar la verdadera libertad de los contratantes en la medida en que actúen con pleno conocimiento, información y lealtad. Sólo así se considerará sano y relevante el consentimiento prestado a la hora del contrato.

BIANCA (*Il Contratto*, Milano, 1987, n° 76), considera que en la etapa precontractual lo que se protege es la libertad contractual, lo que implica participar de tratativas útiles aún cuando con las mismas no se alcance necesariamente el perfeccionamiento de un contrato.

STIGLITZ (*Responsabilidad Precontractual*, Buenos Aires, 1992, pág. 22) llega incluso a enunciar una serie de circunstancias que en la etapa preparatoria pueden llegar a perjudicar o dañar los intereses de alguna de las partes:

- 1) Ocultar la realidad a través de la reticencia (dolo pasivo);
- 2) Falsificar la realidad mediante disminución de lo verdadero;
- 3) Silenciar por negligencia o por ignorancia culpable la existencia de una causa de ineficacia;
- 4) Apartarse injustificada y arbitrariamente de las tratativas;
- 5) Prolongar deliberadamente las tratativas para luego contratar con un tercero.
- 6) Actuar sin poder o más allá de sus límites;



- 7) Revocar la propuesta habiendo renunciado a la facultad de retractarla, o cuando se hubiese obligado a permanecer en ellas hasta una época determinada.
- 8) Iniciar las tratativas sin seriedad, entendiendo ello en el sentido de que, por anticipado se sabe que no se tiene intención de negociar.

Cuando estas circunstancias se dan y son la razón por la cual se ejerce el derecho de retracto en las tratativas, éste puede haber sido ejercido en forma abusiva y es esto lo que se debe considerar.

A modo de síntesis, la doctrina más moderna entiende que la responsabilidad precontractual en definitiva, está fundada en la transgresión al principio de buena fe, concretado a través de los distintos deberes de conducta que se imponen en la instancia de las tratativas. Cuando se ejerce el derecho de retracto, como cualquier otro derecho subjetivo, debe ejercerse de buena fe y sin incurrir en abusos.

### C) Derecho de retracto

La libertad de contratación y de negociación es fundamental para la instrumentación de un contrato. El derecho de retracto previo al acuerdo tiene referencia expresa en diferentes disposiciones del Código Civil. En este sentido debemos tener presente por ejemplo, que en el Art. 1264 del C.C. se ordena "mientras esas formas no hayan sido llenadas, cualquiera de las partes puede arrepentirse y dejar sin efecto el contrato"

En el Art. 1265 del C se establece que hasta el perfeccionamiento del contrato está en libertad el proponente de retractar su propuesta a no ser que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechar la oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado.

El derecho de retracto como todo derecho subjetivo no puede ser ejercido en forma abusiva. De lo que se trata es de tutelar al futuro contratante para que no sea engañado o defraudado en la instancia preparatoria con relación a conductas abusivas. Se tutela la confianza depositada por quienes actúan de buena fe en las tratativas.

Si bien en esta instancia, por principio, las partes son libres de actuar conforme a sus intereses, ello no excluye que deban actuar con corrección, con diligencia, pues si no puede incurrirse en lo que IHERING denominara "culpa in contrahendo".

SCOGNAMIGLIO (*Teoría General del Contrato*, Bogotá, 1983, pág. 119), entiende que en el tema el aspecto medular a considerar consis-



te en coordinar, en la etapa de las tratativas, la libertad de acción de las partes, que en principio no debe tener restricciones en esta fase preliminar, con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objeto de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuente de daños. Importa destacar que en la etapa previa al contrato coexisten el derecho de retracto o la libertad para no contratar y, además, está vigente el deber de actuar de buena fe y no causar daños injustos a otro.

**Los presupuestos de hecho generadores de este tipo de responsabilidad en la etapa precontractual son principalmente la generación de confianza razonable en que el contrato se realizará, creando expectativas ciertas de la realización del mismo que llevan a la parte a invertir en estudios y generar gastos.** Otro presupuesto de hecho para este tipo de responsabilidad es la negociación que se realiza sin seriedad o con conocimiento de que finalmente no se contratará. En estos casos, lo que en definitiva corresponderá analizar es si existió o no justificación racional del retracto y, en consecuencia, si con esta actitud se termina por causar daños injustos.

#### D) Derecho comparado

En la esfera del derecho comparado, fueron los alemanes los que primero refirieron al tema en su Código Civil. En temas puntuales: en el párrafo 122 se llama a responsabilidad al que efectúa una declaración nula por falta de seriedad o por error ante el daño que se haya causado a quien confiara en su veracidad. En el párrafo 179 se sanciona la responsabilidad del representante que actúa sin poder.

En el artículo 26 del **C.C. Suizo** se llama a responsabilidad al que incurre en error en forma culposa y causa un daño.

En legislaciones más recientes, como el **C.C. Italiano** de 1942 (artículos 1337 y 1338) se establece que "las partes en el desarrollo de las tratativas o en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe.

La parte que conociendo o debiendo conocer la causa de nulidad del contrato, no lo dice, debe reparar el daño que esta reticencia causa, por haber confiado sin culpa en la validez del contrato".

En el artículo 227 del **C.C. Portugués** de 1967 se establece: "Quien negocia con otro para la conclusión de un contrato, debe tanto en las tratativas preliminares como en la formación del contrato, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de tener que responder por los daños que culposamente cause a la otra parte".



En los **principios contractuales de UNIDROIT** se alude expresamente al tema estableciéndose:

“Artículo 2.15 (Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

### **E) Fundamentos de la responsabilidad precontractual**

De lo expuesto precedentemente se deduce que el principio de buena fe ilumina toda la vida del contrato y en particular la instancia precontractual e impone determinados deberes de conducta y en consecuencia opera como fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual. Este principio general del derecho de origen constitucional, como se recordará, está previsto en los Art. 332 de la Constitución, el Art. 16 y en el artículo 1291 inciso 2º del C.C y los Arts. 5 y 63 del C.G.P.<sup>36</sup>

En la instancia preparatoria la denominada «regla de la confianza» cobra especial vigencia, puesto que quien genera una apariencia sobre el proceder o sobre una determinada realidad, debe asumir las consecuencias. El declarante no puede prevalerse de la divergencia entre lo expresado y su voluntad real. Buena fe, desde el punto de vista subjetivo, es ignorancia legítima. Así, el adquirente de buena fe ignora que la cosa realmente no pertenece al enajenante.

En doctrina se distingue la buena fe objetiva de la subjetiva. La subjetiva refiere al estado psicológico del sujeto, caracterizado –como dijimos– por su falta de información, error, o ignorancia; mientras que la objetiva consiste en una norma de conducta debida.

Es precisamente a este último enfoque que responde el principio de la buena fe en la instancia precontractual. La buena fe está ordenando una norma de conducta en la etapa precontractual. Esta nor-

36 Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, pág. 90 y ss.



ma de conducta, como ya señaláramos, implica actuar con lealtad, claridad, corrección, e informar correctamente.

NANNI (*La buona fe contrattuale*, Milán, 1988, pág. 15) sostiene que la buena fe es esencial en la etapa de las tratativas pues por su intermedio se tutela la legítima confianza de la partes en la seriedad y corrección en el proceder en esta etapa contractual.

**No se trata de actuar de buena fe suponiendo un comportamiento sólo de abstención, sino que además implica un deber de cooperación, de colaboración, de aportar lo necesario para que la contraparte llegue a la instancia de la definición del negocio con todos los elementos necesarios como para decidir.** Si tomamos, por ejemplo, el artículo 1672 del C.C. en sede de compraventa, veremos que en él se establece precisamente la obligación de informar a la otra parte de que la cosa vendida pereció total o parcialmente o que tiene algún tipo de dificultad o afectación.

En realidad, no consideramos que sea necesario recurrir a interpretaciones analógicas con aquellas normas que refieren a actividades precontractuales, como es la del art. 1672 del C.C., criterio que por otra parte sostiene GAMARRA (*Ob. cit.*, t. XI, Pág. 47), sino que entendemos que el principio de la buena fe es un principio general del derecho y en cuanto tal ilumina toda la vida del contrato desde las tratativas, pasando por el perfeccionamiento, la interpretación hasta la la ejecución del contrato (Art. 16 y 1291 inc. 2º del C.C.).

Pensamos que el principio de la buena fe debe regir como principio general del derecho cada vez que se interrelacionan dos sujetos con miras a la perfección de determinado contrato. Por una razón que consideramos correcta, las nuevas legislaciones regulan el principio de la buena fe en el Título Preliminar de los Códigos Civiles. Tal lo que ocurrió, por ejemplo, con la última reforma del Título Preliminar del Código Civil español.

El contenido del principio de la buena fe que importa e impone la conducta debida, supone que en caso de transgresión, el individuo está incurriendo en una conducta culposa porque se aparta del comportamiento debido, y si ello causa un daño relevante, éste debe ser resarcido.

Podrá pensarse que remitirse a la consideración de la buena fe puede suponer el empleo de un concepto vago y demasiado elástico, pero, como señala SCOGNAMIGLIO (*ob. cit.*, pág. 120), en esta materia no es posible, ni conveniente, un índice de valoración más preciso y riguroso.

La propia conciencia social, en todos los ambientes, siendo singularmente sensible a dicha exigencia de corrección, suministra en cada oportunidad elementos de decisión bastante seguros.

No podemos omitir que en la actualidad la ley de relaciones de consumo nº 17.250 refiere en forma concreta a los casos de responsabilidad precontractual cuando, en el Art. 32, establece: "La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación la resolución o el cumplimiento del contrato, en todo caso con más los daños y perjuicios que correspondan".

Debemos tener presente, además, que en la ley de relaciones de consumo 17.250, se regula otra forma de retracto cuando en el Art. 16 se otorga al consumidor, para el caso de ofertas sustanciadas fuera del local empresarial, por medio postal, telefónico, televisivo, informático o similar, facultades para rescindir o resolver el contrato, a su sola opción, sin responsabilidad alguna de su parte.

Los requisitos para su ejercicio son los siguientes:

1. El producto debe ser devuelto al proveedor, sin uso, en el mismo estado en que fue recibido, salvo lo concerniente a la comprobación del mismo;
2. Comunicación de la opción de rescisión o resolución dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la formalización del negocio.

#### **F) Manifestaciones de la buena fe en la faz precontractual**

Siguiendo las enseñanzas de FERNÁNDEZ SESSAREGO (*Ob. cit.*, pág. 144), en el ejercicio del derecho de retracto, como en todo derecho subjetivo, está implícito un deber de conducta que refiere al necesario respeto de ciertos principios, como el de la buena fe, que rige en toda la vida del contrato en la instancia de las tratativas, opera como fuente de ciertos deberes de conducta concretos, como ser: el deber de información, el deber de lealtad y el deber de protección, entre otros.

El deber de información existe cada vez que la ignorancia en que se encuentra inmersa la otra parte es excusable (ORDOQUI CASTILLA, "Protección del consentimiento y el deber de informar", *L.J.U.*, t. CXI). Al brindar la información debida, el consentimiento es consciente y libre. La desinformación es ignorancia y no es posible con-



sentir sobre lo que no se conoce. La información en todo caso debe ser clara, completa, oportuna, comprensible, pues ello es propio del que actúa con lealtad y de buena fe. Cuando falta transparencia en el proceder, se afecta la seguridad en la negociación.

El deber de actuar con lealtad impone actuar seria y consecuentemente; de ser necesario, mantener reserva o secreto sobre la información utilizada; si existiera entrega de cosas, se deberá la custodia o conservación. Se ha entendido que no supone actuar de buena fe desarrollar negociaciones paralelas sobre el mismo bien. En realidad, en estos casos, actuar de buena fe importa informar acerca de estas otras tratativas paralelas a la parte con la que se está tratando.

El deber de protección, alude específicamente a las personas y bienes de quien ha confiado en la realización del contrato. Mientras se está en tratativas y próximos al contrato, debe tutelarse la seguridad del consumidor. En Alemania se ha desarrollado el alcance de este deber de protección de forma que las empresas y comercios, deben velar por la seguridad de la persona y bienes en la instancia en que el cliente ha ingresado al comercio.

### **G) Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual**

Mucho se ha discutido en doctrina si la responsabilidad precontractual en definitiva corresponde ubicarla dentro de la esfera de la responsabilidad contractual o si, por el contrario, supone un caso de responsabilidad extracontractual.

La doctrina que más ha profundizado en el tema sostiene que depende del concepto que se tenga de tratativas para definir si la responsabilidad derivada de ellas tendrá carácter contractual o extracontractual. Si en las tratativas se crea una relación jurídicamente relevante entre los tratantes, será contractual y si no hay una relación jurídica será extracontractual (DE CUPIS, *El Daño*, Barcelona, 1975, pág. 165).

Veamos a continuación cuales son las teorías que se han sustentado:

- a) Tesis contractualista.
- b) Tesis extracontractualista.
- c) Tesis del abuso de derecho.

#### *a) Tesis contractualista*

Fundándose en las ideas de IHERING, se entendió que en la formación del consentimiento contractual existe la formulación de una

oferta, y con relación a esta oferta existen deberes concretos y determinados de actuar de buena fe y, en consecuencia, la responsabilidad que se genera es de perfil contractual. Se está en el período de formación del contrato y se señala que el mismo grado de diligencia se debe prestar en el período de formación del contrato que en el período de ejecución. Los contratantes pueden incurrir en la denominada "culpa in contrahendo".

Pero para que se pueda incurrir en culpa contractual tiene que haber existido oferta, las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato no son susceptibles de originar responsabilidad basada en esta especie de culpa. En realidad en esta tesis se parte de la base de que existe contrato tácito o de carácter social según el cual la tratativa supone acuerdo por los tratantes para ingresar a esta etapa. Las simples propuestas de una parte respecto a la otra sin que se logre abrir instancia de negocio no generan ningún tipo de responsabilidad de perfil contractual.

Se entiende para los contractualistas que en esta instancia existiría un verdadero contrato tácito, porque hay un acuerdo de voluntades que recae sobre la asunción por parte de los tratantes de deberes de probidad, lealtad, de tal manera que el quebrantamiento de estos deberes determina el incumplimiento contractual. Una vez existente la oferta por imperio de la ley, surge la obligación de actuar con diligencia que debe observarse incluso desde el tiempo de las relaciones previas al perfeccionamiento del contrato.

FAGGELLA (*I periodi precontrattualle*, Nápoles, 1906, pág. 271) critica la tesis contractualista de IHERING sosteniendo que el fundamento de la responsabilidad precontractual debe indagarse en orden a la plenitud del período previo a la formación del contrato, incluyendo las tratativas previas, y no únicamente a partir del momento de la emisión de la oferta. La responsabilidad no tiene su raíz ni en el vínculo contractual, ni en la culpa "in contrahendo", ni en una asunción de garantía, ni en un mandato. Lo que sí existe es un consentimiento para realizar tratativas tendientes a llegar a un concurso real de voluntades.

SALEILLES ("De la responsabilité precontractuelle" en *Revue Trimestrelle de Droit Civile*, París, 1907, pág. 697) sostiene que las partes tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe. Por lo tanto existe retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial, siendo esta violación, este ataque

al uso, el hecho principal que debe dar su característica a la responsabilidad, la cual servirá de fundamento jurídico. Será esa violación y no la idea de culpa la que determinará las condiciones y extensión del resarcimiento.

En nuestro derecho, GAMARRA (*Ob. cit.*, t. XI, pág. 65 y pág. 137 y ss.) se afilia a la tesis contractualista sosteniendo que si bien en nuestro orden jurídico falta un principio general expreso que imponga la obligación de comportarse de acuerdo al canon de la buena fe, en el período precontractual el mismo se deduce de los arts. 1291 inciso 2º, 1276, 1672 del C.C., que imponen la obligación de hacer conocer los vicios que puedan causar la nulidad absoluta del contrato. Similar posición se sustenta en los arts. 2249, 2075, 2048 del C.C. También el art. 2057 del C.C. consagra un caso de responsabilidad precontractual a cargo de las personas que por su oficio, profesión, o modo de vivir se encargan de negocios ajenos. Este autor señala que el período precontractual es algo así como un apéndice o prólogo del contrato y las normas que lo rigen o bien están impuestas por el futuro contrato que se trata de celebrar, o bien son como la irradiación hacia el exterior de ciertos principios de derecho contractual. En consecuencia, la responsabilidad a aplicar sería contractual.

Nuestro Código Civil castiga en diferentes artículos, en forma expresa, la mala fe en la etapa de las tratativas (arts. 1672, 1717, 1804, 2078 y 1563 del C.C.). La responsabilidad sería contractual porque se viola una relación preexistente, arts. 1721, 1672, 1717 del C.C. Además, los sujetos están determinados voluntariamente, no están indeterminados y el incumplimiento de la obligación en esta etapa traerá consecuencias después del perfeccionamiento.

Para el autor citado, la culpa es el fundamento de la responsabilidad precontractual y consiste en violar la obligación de actuar de buena fe. El que viola el principio de actuar de buena fe, incurre en ilicitud y culpa.

*b) Tesis extracontractualista*

Esta posición parte de un razonamiento muy simple, afirmando que si es generalmente aceptado que para que surja responsabilidad contractual se requiere necesariamente un contrato, cuando no se da este presupuesto la responsabilidad es extracontractual. Se ha señalado que es un error decir que con la sujeción a una relación social o al imperativo de la buena fe la relación se transforma automáticamente en un vínculo obligatorio.



Aparte de la consideración de que una relación es o no obligatoria y no es susceptible de transformarse milagrosamente en virtud de una norma de conducta que la ley pone como límite entre lo jurídico y lo antijurídico, es ciertamente arbitrario pensar que la buena fe, especialmente en sentido objetivo, sea monopolio de la materia contractual.

El deber de actuar de buena fe no es exclusivo de la esfera del derecho contractual sino que también rige para regular la conducta debida en la esfera extracontractual. Si la ley establece que los tratantes deben negociar según las reglas de buena fe, el incumplimiento de este deber constituye un comportamiento sustancialmente ilícito que da lugar a responsabilidad extracontractual, por tratarse de acto ilícito.

PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual*, n° 46, pág. 78) señala que la aplicación de la responsabilidad contractual y extracontractual no pueden derivar de la diferente naturaleza de la norma violada sino del distinto grado de concreción del deber que con el actuar ilícito se ha infringido. Cuando se ha infringido un deber general, de carácter general, el intérprete está frente a un caso de responsabilidad extracontractual; cuando se ha infringido un deber de carácter concreto, específico, esto es, una obligación propiamente dicha con su contenido patrimonial, el intérprete está ante una responsabilidad contractual. Para el caso concreto este autor (en un artículo titulado «La responsabilidad precontractual en los contratos solemnes», *R.D.J.A.*, t. LX, pág. 146); sostiene que la responsabilidad precontractual es extracontractual porque todavía el acto jurídico contrato no ha sido celebrado.

c) *Tesis del abuso de derecho*

El punto de partida para este planteo es que al inicio de la negociación las partes tienen la libertad o el derecho de contratar o de no contratar. Iniciadas las tratativas existe libertad de no contratar pero si se crearon expectativas de que se haría, para apartarse de las negociaciones debe existir una causa justificada. El derecho de retracto debe también, como derecho subjetivo, responder a un fin. Si esta conducta se asume en forma intempestiva o arbitraria se puede incurrir, en términos de Sozzo (*Antes del Contrato*, Bs. As., 2005 Pág. 47) en el abuso del derecho de no contratar y, consecuentemente, en un caso de responsabilidad precontractual.

SPOTA (*Instituciones de derecho Civil*, T. I y II, Bs. As., 1983, pág. 310) sostiene que la negativa de contratar no es sino una prerroga-



tiva jurídica y, por ello, no puede pensarse en la existencia de un acto ilícito, no siendo relevante la culpa pues está delineada sólo para la responsabilidad contractual o extracontractual. La figura que corresponde para estos casos, según el autor referido, es la del abuso de derecho. La responsabilidad precontractual, según este enfoque, tendría su fundamento en el abuso de derecho aunque luego se deba aplicar por analogía el régimen de la responsabilidad contractual.

Para PAZ GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1990, pág. 131), lo que pone en evidencia la presencia de abuso de derecho en los casos de responsabilidad precontractual es lo injustificado en el ejercicio del derecho de retracto en las negociaciones respecto de quien se había creado la apariencia, en la que era posible confiar, de que el contrato se perfeccionaría.

#### *d) Nuestra opinión*

Consideramos que en la etapa de las tratativas, al ejercerse el derecho de retracto propio de esta instancia contractual, se debe actuar de buena fe, lo que lleva implícito el respeto de varios deberes esenciales al período de formación del contrato que comienza, precisamente, por respetar, cuando se ha actuado correctamente, el derecho de retirarse de las tratativas pues el negocio no responde al interés del que pensaba contratar.

En principio no debemos olvidar que las partes en esta instancia aún no están vinculadas, y debe respetarse el principio de la libertad contractual.

Ahora bien, cuando se acciona fuera de los límites de este derecho y no se actúa con honestidad, lealtad, probidad y corrección, sin respetar a la otra parte o sin colaborar con lo que sea necesario para que la otra parte esté correctamente informada, el daño que se causa debe ser resarcido.

En esta etapa el actuar de buena fe impone –como vimos– deberes de conducta, como ser el deber de reserva o secreto (confidencialidad) sobre lo que uno se entera como resultado de una negociación; deber de conservación respecto de las cosas que uno pueda haber recibido en demostración o prueba, deber de información que supone el tener que informar con claridad sobre las características reales del producto o servicio, o sobre las intenciones reales que existen detrás de la negociación. El deber de claridad (transparencia), evitando usar lenguaje oscuro, ininteligible, el deber de lealtad o corrección, el deber de custodia. (Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA;

“El contrato en el año 2000: Protección del consentimiento y el deber de informar”, *L.J.U.*, t. CXI; y *Buena Fe Contractual*, ob. cit., pág. 94 y ss.).

Cuando se actúa de buena fe se debe “hablar claro” y decir toda la verdad conocida sobre lo que esté siendo objeto de tratativas contractuales.

En todos estos casos la existencia de una conducta ilícito culposa como factor subjetivo de fundamento jurídico de esta responsabilidad se apoya sobre la transgresión de deberes genéricos de conducta y, en consecuencia, como ya dijéramos, ello en principio nos conduce a la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual.

Ocurre que este deber genérico se concreta más específicamente cuando a las tratativas le sigue una oferta concreta sobre la base de la cual se podrá perfeccionar el contrato con la sola aceptación. Aquí, entre las partes existe un grado de acercamiento y concreción mayor.

En esta instancia incluso el deber de informar debe llegar al pleno de su alcance entrando en sus detalles.

Podría perfectamente sostenerse que en ciertos casos el desistimiento de continuar con las tratativas cuando es intempestivo o injustificado, puede suponer el ejercicio abusivo del derecho de retracto.

DIEZ PICAZO (*ob. cit.*, pág. 75) no comparte este criterio por entender que aquí no se ejerce un derecho sino una libertad y con respecto de ella no existe abusividad.

En otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA; *Derecho extracontractual*, Montevideo; 1974, t. II, pág. 58; y *Buena fe contractual*, ob. cit., pág. 98) sostuvimos que en el caso debe deslindarse con precisión el período de las llamadas tratativas, en el que no existe entre los sujetos un vínculo específico determinado rigiéndose por el sistema de la responsabilidad extracontractual, del momento en que se plantea una oferta concreta que inspira confianza entre las partes y es de aplicación el deber de actuar de buena fe, como deber de conducta concreto, lo que determina entonces, aquí sí, que podamos estar ante una hipótesis de responsabilidad contractual.

No surge responsabilidad por el mero contacto social sino porque, tratándose de una relación ya madura, al grado de existir recíproca confianza, regirá el deber de actuar con buena fe y con la diligencia debida para no dañar a la persona con la que se negocia.

En esencia, lo que importa es determinar la existencia o no de una obligación concreta entre las partes. Siendo así, la responsabi-



lidad será contractual. Si lo que se aplica es un deber genérico de conducta, entonces será aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual. El error que comete la doctrina es pensar que cada vez que se aplica el deber de buena fe, por ello solo estamos ante una obligación legal que llega a la responsabilidad contractual. Ocurre que el principio de buena fe regula tanto aspectos de la responsabilidad contractual como de la extracontractual. Hay que tener mucho cuidado en cómo se maneja el deber de actuar de buena fe, pues, en definitiva, todos los deberes genéricos de la vida de relación se traducen en comportamientos debidos por un sujeto respecto a otro, impuesto por una norma (BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, pág. 161). Si ello fuera así siempre habría deberes concretos y determinados y nunca sería de aplicación la responsabilidad extracontractual. Por eso pensamos que si no hay oferta que lleve un grado de concreción mayor en la relación, la responsabilidad en el área exclusivamente de las tratativas será extracontractual.

En este tema, lo que interesa en definitiva, es la individualización de una conducta ilícito culposa (dolosa) que cause un daño antes de que se llegue a la perfección del contrato.

**Sea recurriendo a la figura del abuso de derecho, a la transgresión del deber de actuar de buena fe, lo importante es que el retiro de las tratativas en estos casos puede llegar a generar responsabilidad por daños causados.**

PEIRANO FACIO, en el trabajo citado, presta especial atención a lo que surge del art. 1264 inc. 2º, C.C. en cuanto señala respecto a los contratos solemnes que mientras esas formas no hayan sido llenadas, cualquiera de las partes puede arrepentirse y dejar sin efecto el contrato. El hecho de que no existan contratos de promesa previos a contratos solemnes, como surge de esta norma, no excluye, para este autor –y creemos que con razón– la posibilidad de que en esta etapa respecto de estos contratos, no obstante no poder existir contratos de promesa, sí pueda incurrirse en situaciones de responsabilidad precontractual.

No podemos omitir que en la actualidad la ley de relaciones de consumo nº 17.250 refiere en forma concreta a los casos de responsabilidad precontractual cuando, en el Art. 32, establece que “la violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento



del contrato, en todo caso con más los daños y perjuicios que correspondan”.

Como lo indicáramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2000, pág. 237), en las relaciones de consumo el deber de buena fe rige en toda tratativa desde su inicio, sea de la forma que sea. Se amplía incluso el concepto de tratativa pues este deber de conducta opera no sólo en las tratativas previas al contrato sino en toda gestión, aun de carácter general, para inducir a la contratación como puede ser la realización de publicidad pues potencialmente puede llevar al consumidor a contratar. Ya no estamos en la tratativas sino ante actividades que pueden llevar a la instrumentación de un contrato.

Sostuvimos también en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, “Responsabilidad civil en las relaciones ante contractuales de consumo” en *Anales del Foro*, Montevideo, 1996) que en la nueva sociedad de consumo existen nuevas formas de relacionamiento dirigidas a captar al consumidor que no implican la existencia de tratativas directas y que, no obstante, están reguladas por el deber de actuar de buena fe.

#### H) Requisitos para que opere la responsabilidad precontractual

En doctrina se enuncian diversas exigencias para que esta responsabilidad opere:

- a) **Existencia de tratativas previas** consentidas con planteos serios, concretos. La relación entre las partes no es de mero contacto social sino que tiene ya una relación de confianza que les lleva a pensar con seriedad que el contrato se perfeccionará. Existe la **posibilidad cierta, objetiva de llegar al contrato**, habiéndose creado una apariencia sobre la que fuera legítimo confiar en que el contrato se celebraría;

Como sostiene AZÚA GONZÁLEZ (*La culpa in contrayendo*; Navarra, 1990, pág. 281), lo importante para determinar un uso injustificado del retracto es el haber creado una apariencia en la que se pudo razonablemente confiar. Esta confianza se generaría al expresar, por ejemplo, que el contrato se realizaría conforme a lo conversado.

Desde nuestro punto de vista, el elemento fundante de la posible existencia de responsabilidad precontractual es el haber creado una apariencia en la que se confía la que, al verse frustrada, causa un daño. Si esta confianza de contratación no se creó, el



retracto o la negación a contratar es posible sin ningún tipo de responsabilidad.

- b) **Ejercicio del derecho de retracto con ruptura intempestiva o injustificada de las tratativas**, con actuaciones adversas a la apariencia creada, desvirtuando la confianza generada. La justificación puede venir dada, por ejemplo, por haber encontrado mejores condiciones o por haber cambiado las circunstancias que rodeaban al contrato. Aducir, por ejemplo, sólo un cambio de opinión sin más puede ser considerado injustificado o abusivo. Si existió un motivo o causa real o justificada para desistir, como puede ser un cambio en el régimen fiscal, o nuevos costos, el ejercicio de este derecho de retracto es lícito. Si el derecho de retracto se ejerce sin causa justificada, se puede incurrir en abuso y, si se daña, se deben asumir las consecuencias resarcitorias.
- c) Que con el accionar antes referido, **se cause un daño cierto, real.**
- d) **El daño debe relacionarse causalmente con la confianza suscitada y defraudada.**

#### I) Del consentimiento a la apariencia

Conforme lo que surge del artículo 1261 del C.C., no se concibe la existencia de un contrato sin consentimiento conformado por las partes.

La doctrina moderna ha presentado la denominada "teoría de la apariencia" conforme a la cual, no obstante no existir consentimiento, puede generarse una apariencia o expectativa razonable que induzca en "error o ignorancia legítima" al tercero de buena fe, quien ha confiado en la supuesta realidad aparente, siéndole, por tanto, inoponible la realidad diferente a la que le fuere presentada originalmente

La ruptura injustificada de las tratativas puede transgredir el principio de la tutela de la expectativa o confianza legítimas, suponiendo un ejercicio abusivo de un derecho e incluso con posibilidades de aplicación de la teoría de los actos propios.

En la actualidad como ya lo señaláramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los Contratos*, Montevideo, 2008, pág. 146) rige el principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima como un derivado de la vigencia permanente del principio de la buena fe. De cara al derecho del consumo se entiende que el empresario debe asumir las consecuencias de las expectativas que crea si luego estas se ven defraudadas y causan daños.



La consolidación del derecho del consumo y la necesidad de protección al consumidor llevó a que se consolidara con carácter general la necesidad de proteger la confianza en la apariencia o en las expectativas razonables que pudieron inducir en error al contratante. En esta línea JOSSERAND (*Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bs. As., 1950, n. 512) advierte que el que crea una apariencia se hace esclavo de ella.

Así, no obstante la falta de voluntad, la persona puede quedar obligada por la apariencia que creó. Se busca así la protección de los terceros de buena fe que hayan creído legítimamente en la apariencia y la custodia necesaria de la seguridad jurídica.

En nuestro Código Civil, en diversas disposiciones, se tiene presente la tutela de la confianza en la apariencia legítima. Así, por ejemplo, en los Arts. 852, 1327, 1455, 2101, 1430, 1580 del C.C. y en particular en el Art. 405.1 del C.G.P.

BUSTO PUECHE (*La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pág. 107), en criterio que se comparte, entiende que los preceptos excepcionales que reconocen efectos a la apariencia podrían aplicarse para llegar a esa misma solución en casos semejantes o en los que existe identidad de razón o fundamento. Confianza es la creencia en una expectativa objetiva por la que actuando diligentemente se toma como cierta una información o un hecho que realmente luego se constata que no lo es.

No se trata de cualquier apariencia o de cualquier confianza. No se ampara, en términos de MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad Precontractual*, Santa Fe, 2007, pág. 58) la confianza tonta o pueril, la credulidad ingenua. Como señala CARIOTA FERRARA (*El negocio Jurídico*, Madrid, 1958, pág. 54) no es posible proteger una confianza culpable, temeraria o irracional.

Para LORENZETTI ("La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", *Rivista de direito del consumidor*, N. 35, San Pablo, 2000, pág. 9 y ss) considera a la confianza en la apariencia legítima como un bien jurídicamente protegido y, además, como un principio jurídico que da primacía a lo declarado, que despierta esa confianza y hace aparecer esa expectativa. Se llega a considerar a esta confianza como el verdadero fundamento del vínculo contractual.

**Para que la confianza sea protegida, la expectativa o la apariencia creada debe ser razonable, objetiva, justificada en la eficiencia del grado de persuasión que aplica un sujeto que actúa con la diligencia de un buen padre de familia o de un buen hombre de negocios.**

La tutela de la confianza en una apariencia legítima se da, por ejemplo, en los casos de simulación, donde lo previsto en forma oculta entre las partes no es oponible a los terceros de buena fe, quienes, a su vez, pueden exigir que se respete lo que surgió de la apariencia creada. Similar situación se da en los casos de emisión de "certificados registrales erróneos", donde debe protegerse al tercero que creyó en la apariencia. También tenemos los casos de los denominados "mandatos aparentes", etc.

De esta forma, es posible entender cómo puede llegar a resultar obligada una persona que no consintió un determinado contrato, pero que colaboró en la creación de la apariencia en la que confió el tercero de buena fe.

**Con la tutela de la confianza en la apariencia legítima se tratan de evitar abusos o maniobras de engaños o conductas inescrupulosas que dañan injustamente.** Cuando existe una tutela a la confianza en protección de una legítima creencia en la apariencia de querer contratar y, ante ello, se ejerce abusivamente el derecho de retracto, si se causa daño debe ser resarcido.

#### J) Medida del resarcimiento

Para que se configure un caso de responsabilidad precontractual, es necesario que junto a la conducta ilícita culpable que se genera por no haber actuado de buena fe o con la lealtad necesaria, se haya causado un daño relevante jurídicamente.

La frustración de una legítima expectativa puede afectar intereses jurídicamente protegidos y traducirse en un daño relevante a los efectos resarcitorios.

El efecto de causar este daño será justificar la pretensión de su resarcimiento. Si la afectación o la conducta asumida en esta instancia llegan a viciar el consentimiento (por dolo, error o violencia) podrá también iniciarse la acción de nulidad correspondiente.

**Debemos señalar que en el caso de requerirse la reparación del daño, no se puede exigir los daños como si el contrato se hubiera realizado, sino los que responden a lo que la doctrina denomina "interés negativo"** y que consisten en la reparación de los gastos que se tuvieron; del valor tiempo que se haya invertido, el lucro por lo que se dejó de ganar durante este tiempo, en fin, en todo lo que se gastó por haber creído (confiado) en que el negocio se formaba. No se responde al equivalente de la prestación prometida pues el contrato no se perfeccionó (interés positivo).



El interés negativo considera el no perfeccionamiento del contrato y se contempla el hecho de haber confiado en que el contrato llegaría a su concreción. Lo que se resarce es lo que se gastó o invirtió de forma de quedar en la misma situación que antes.

El interés positivo parte de la existencia de un contrato y, en consecuencia, los daños a resarcir contemplan los alcances de éste y los beneficios que le traería a la parte.

En síntesis, lo que se puede pretender como resarcimiento son sólo los gastos y costos que una persona ha concretado en la perspectiva del contrato por concluir. Lo que se resarce es sólo el interés negativo o interés de haber confiado, o sea, los gastos y pérdidas sufridos en la formación del contrato al no haberse perfeccionado éste (PAZ GARCÍA RUBIO; *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991, pág. 230 y ss.).

### K) Jurisprudencia

*Se reclama la reparación de daños causados por responsabilidad precontractual. En consecuencia, se exige una condena por responsabilidad precontractual. En el caso una inquilina entró en tratativas para adquirir el inmueble y luego de un tiempo en que se habían realizado inspecciones a la finca, solicitado créditos para la adquisición, el propietario resuelve no vender la finca en cuestión. Se había llegado literalmente a un acuerdo, pero como se tenía que escriturar la compraventa por tratarse de un inmueble, aún no se había perfeccionado el contrato.*

*El sentenciante de la instancia entendió que aún antes del perfeccionamiento del contrato existe un deber de actuar de buena fe y con lealtad, y este deber se transgrede cuando se sabe que la parte ya ha hecho gastos en el convencimiento de que se perfeccionará el contrato y de que el acuerdo existe. Por lo expuesto se condenó al resarcimiento de los daños causados en la etapa de tratativas (L.J.U., t. LXV, c/7770), básicamente sobre la idea de que el retrato en la etapa de las tratativas no puede ser abusivo. **Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14to. Turno, sentencia de 28.XI.1969***

~

*En otro caso se solicitó a un Arquitecto la realización de ciertos "croquis" o "esbozos" en la etapa de tratativas hacia una contratación profesional. Al desistirse luego de adjudicar al profesional el trabajo, se le causó un daño por los gastos e inversión de tiempo aplicado al trabajo presentado. Se condenó al resarcimiento de los daños causados en la etapa precontractual. **Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4to. Turno; sentencia de 22 de julio de 1966, L.J.U., t. LXII, c/7452.***

~



Se configura un caso de responsabilidad precontractual cuando en un remate de un bien inmueble, aceptada la oferta y consignada la seña luego no se procede a la escrituración. **Suprema Corte de Justicia, N° 22 de 9 de marzo de 1977, en A.D.C.U., t. VIII, caso 843.**

~

Nuestra jurisprudencia ha entendido que es posible acumular la acción por vicios en la cosa con la de responsabilidad precontractual cuando el vendedor conocía la existencia de un vicio oculto y no lo puso en conocimiento del comprador, lo que supone transgredir el deber de actuar de buena fe. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 131 de 17 de mayo de 1990, A.D.C.U., t. XXI, caso 1103.**

~

La imputación de mala fe en la conducta del cargador al omitir la declaración del valor de la fuente de hierro fundido objeto del contrato, conforma un claro despropósito. No existe norma legal alguna que imponga tal declaración por lo que el único sustento jurídico de la misma habría que ubicarlo en el principio de la buena fe que rige en la etapa de las tratativas así como de la ejecución contractual (Art. 1291 del Código Civil y 209 del Código de Comercio); principio general de raigambre constitucional iusnaturalista (Arts. 7, 72 y 332 de la Carta). En el caso implicaría el deber de comportamiento leal en la fase previa a la constitución de la relación contractual y se concretaría en la necesaria información que el cargador debería haber brindado al transportador sobre el valor del objeto transportado. En el caso la conducta del cargador de modo alguno puede considerarse transgresora del estándar ético de referencia o de la diligencia y lealtad razonables exigibles al momento de contraer el vínculo. Tratábase de una pieza antigua de grandes dimensiones que se cargó « a la vista », cuyas características, estructura, peso y volumen, podían ser apreciadas al simple examen visual, y cuyo valor de compra, si es que tuviese alguna relevancia en las tratativas, pudo llegar a conocimiento de la empresa de transporte utilizando a tales efectos la mínima diligencia, ya que la orden de carga hace expresa referencia a la boleta contada en la que contaba el precio abonado por el cargador.

La pieza en cuestión quedó destrozada al caerse durante el transporte. Los deterioros fueron tales que justifican la conclusión con criterio de razonabilidad de que ha perdido utilidad la reventa del bien. **T.A.C. 5º turno, sentencia del 24.7.98; L.J.U. t. 118 caso 13.581.**

~



*En este período de tratativas el comportamiento de las partes debe ajustarse al principio general de la buena fe, que en nuestro sistema jurídico tiene raigambre constitucional y jerarquía supralegal (art. 7, 72 y 332 de la Carta). El comportamiento leal exige a quien se pone en contacto con eventuales contratantes la necesidad de hablar claro, de informar a la contraparte la situación real de las cosas, y abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de dolo pasivo. El sujeto que miente o guarda silencio sobre circunstancias que podrían servir para que su contraparte modificara el juicio que se ha formado, incurre en dolo. Esa conducta, aunque no dolosa, es, sin embargo, contraria a la buena fe y por tanto hace incurrir en responsabilidad precontractual. Siguiendo a REZZONICO (Principio fundamental de los contratos, pág. 524) se está en presencia de una «lealtad de tratar» con obligación de expresarse con claridad, que incluye hacer patente en la otra parte el verdadero estado de las cosas, desengañando de eventuales errores y absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta. Sin embargo, no se trata sólo de deberes negativos originados en la idea de no dañar, sino de cargas positivas de lealtad, claridad, información –dar a conocer la realidad de las cosas, tal como se las conoce según la ciencia y conciencia– configurando una buena fe de naturaleza contractual concebida como un efecto prodrómico del acuerdo derivado del contacto social. En la especie, el actor conocía que al tiempo de la celebración del arrendamiento de marca con el demandado se había formalizado una oposición a la solicitud de registro bancario formulado por el concedente o licitante demandado. Eso significa que el actor sabía perfectamente, al momento de celebrar el contrato de arrendamiento de la marca, que la titularidad de la misma estaba en cuestionamiento o abierta controversia. T.A.C. 5to. Turno, sentencia 179 de 27.7.2000, A.D.C.U., t. XXXI, c. 81*

~

*No resulta de recibo el agravio fundado en la supuesta existencia de la obligación del comprador de sugerirle al vendedor que se asesore. En primer lugar, no se ha formulado pretensión basada en la existencia de responsabilidad precontractual por violación del principio de buena fe en el período de las tratativas. Pero además nada permite cuestionar al conocer el absoluto plano de igualdad en el que se vinculan las partes en el negocio atacado en autos.*

*La buena fe en la celebración de un contrato no consiste, en ningún caso, en advertir a la otra parte cuáles son sus intereses, sus deberes o sus obligaciones sino en procurar satisfacer y cumplir lealmente con los propios. T.A.C. 6º turno; sentencia de 25.2.2004; L.J.U. t. 131 caso 15.018.*

~

*Se reputa que en el caso no se ha acreditado que los demandados actuaran violando el deber de buena fe en la negociación que culminó con la contratación definitiva. En efecto, de la prueba aportada a esta causa no se aprecia en forma convincente que la parte vendedora haya incidido con su conducta a que el accionante (el comprador) incurriera en un error cuando celebró la compraventa. T.A.C., 2do. Turno sent. 17 de 27.II.97 en A.D.C.U. t. XXVIII, caso 941.*

~

*El Tribunal admite correctamente la vigencia de la obligación de los futuros contratantes de actuar de buena fe –esto es, con lealtad– en la etapa precontractual, con la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento, según resulta de diversas normas diseminadas inorgánicamente en el Código Civil patrio. S.C.J.; sentencia 31 de 18.2.94; en A.J.U., tomo V, N° 50.*

#### **4. EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN**

##### **A) Presentación del tema**

Nos ocupamos seguidamente de los abusos en que se puede incurrir en el ejercicio del poder de representación. Con carácter introductorio, daremos algunas nociones generales sobre el negocio de apoderamiento, el concepto del poder de representación, el enunciado de las fuentes de este poder, sus caracteres, sus requisitos, clasificación y su contenido. Luego enfocaremos el ejercicio de este poder con especial referencia a las situaciones de ejercicio abusivo.

##### **B) Negocio de apoderamiento**

Estamos en presencia de un acto de representación cuando una persona realiza un acto jurídico por cuenta de otra y los efectos se producen directamente en el representado. El efecto o legitimación representativa se produce en la medida en que el representante se encuentre investido con el poder de representación, lo que ocurre con el denominado «negocio de apoderamiento».

Este apoderamiento, en algunos casos, surge de la misma ley, siendo una cualidad dada por la norma al denominado representante (Ej.: el padre representa a los hijos menores de edad).

En la representación voluntaria el poder de ser representativo está en el representado y dependerá que pueda ser ejercido por un representante de que se haya conferido o transmitido este poder a través del apoderamiento.

Con carácter general la doctrina ha entendido que **para que opere el fenómeno de la representación son necesarios dos presupuestos:**

- a) obrar a nombre ajeno; y
- b) tener legitimación o poder para actuar en tal sentido.

Desde nuestro punto de vista, como ya lo sostuviéramos en la definición del fenómeno de la representación perfecta, el aspecto medular está en el obrar a nombre ajeno.

A este tema alude el art. 1254 del C.C. cuando exige que el representante contrate «a nombre de otro», exigencia que, por otra parte, aparece reiterada en el art. 1311 del C.C. al regularse la gestión de negocios, y en el artículo 2068 del C.C. En esencia ello supone que el representante informa al tercero, que es con el que negocia, que su actuación de voluntad se emite por y para el representado por cuenta de éste, quedando claro que quien se obliga no es el representante sino el representado.

El representante no se puede limitar simplemente a actuar en nombre de otro, sino que es necesario que establezca la identidad del representado ante el representante diciendo que éste está actuando por él; proyectando así los efectos sobre la cabeza del representado sin afectar la esfera jurídica del representante. Analizando siempre la esfera interna junto a la relación representativa «puede» existir un negocio de apoderamiento, o sea, que el representado inviste al representante de poder para actuar por él.

Esto configura un negocio de carácter autónomo e independiente a la relación representativa que es, como vamos a ver, de carácter unilateral y abstracta, pero, y esto es lo importante, este negocio de apoderamiento no es esencial pudiendo faltar.

Según la doctrina dominante, la investidura que otorga el apoderamiento, de carácter abstracto e independiente respecto del negocio básico, por ejemplo mandato, consiste en una autorización mediante la cual se confiere un poder pero no se da vida a una relación obligatoria ni para el representado ni para el representante, generándose tan sólo en favor del último una esfera de discrecionalidad más o menos amplia (Mosco, *La Rappresentanza Volontaria nel Diritto Privato*, Napoli, 1961, págs. 27 y 37; TRABUCCHI, «La rappresentanza», *Riv. Dir. Civ.*, Milano, 1970, pág. 387; GALGANO - VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominar*, Milano, 1992, pág. 252).

El poder es siempre representativo pero no obliga al apoderado, sino que lo inviste de un verdadero poder en una significación tanto jurídica como vulgar. De lo expuesto se concluye que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, recepticio, abstracto, que funciona con independencia y con separación de las relaciones jurídicas subyacentes que pueden existir entre el representado y el representante y que le dan origen o le sirven de fundamento.

### C) Concepto de poder de representación

Desde un punto de vista estrictamente terminológico, en nuestro sistema, poder, en algunos casos, designa el documento en el que éste consta o en el que se ha plasmado. Otras veces, la expresión "poder" alude al acto o negocio jurídico por medio del cual se otorga la representación. En nuestro caso, utilizaremos el término de negocio de apoderamiento para designar el acto de concesión de un poder de representación.

El término poder, en realidad, designa estrictamente la situación jurídica de que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena. En doctrina, el poder de representación, para unos, ha sido definido como capacidad de obrar, para otros se trata de un derecho subjetivo; para otros, se trata de una función o de una potestad. Con la idea de potestad se designa todo un conjunto de poderes de carácter funcional que no son puestas al servicio de su titular sino, por el contrario, al servicio de los fines e intereses de otra persona.

Por último, en criterio que se comparte, el poder de representación se ha considerado como una forma de legitimación.

**En nuestra opinión, el poder** es el conjunto de facultades que un sujeto delega unilateralmente a otro para que éste pueda actuar en su interés (arts. 2051, 2055 y 2056 del C.C.).

El «**negocio de apoderamiento**» asume una función autónoma de atribución de legitimación representativa, o sea, opera como fuente del poder de representación. Este negocio de apoderamiento puede estar solo o bien puede estar estructuralmente situado como formando parte de otro negocio (Ej.: mandato con representación). Estamos ante un negocio jurídico unilateral de autorización que presupone el carácter recepticio de una persona determinada que es la destinataria.

Cuando se confiere y acepta un poder se asume un «deber de conducta» (NATOLI, v. «Rappresentanzza» en *Enciclopedia del Diritto*,



vol. XXXVIII, pág. 469, Milano, 1987). Este poder genera un deber y legitima el proceder del representante. Por ello ciertos autores prefieren hablar de «legitimación representativa» y no de «poder de representación».

Siguiendo en este aspecto a CANO MARTÍNEZ (*El poder irrevocable*, Madrid, 1998, pág. 27), pensamos que la esencia del poder está en la delegación de facultades. Ello explica que el delegante representado no pierde las facultades delegadas, simplemente las proyecta en el representante, ampliando sus posibilidades de actuación. El representado no pierde las posibilidades de actuar por sí en forma directa.

El poder «faculta» para actuar, pero no obliga. La obligación podrá surgir de un contrato anterior o posterior.

El representante puede actuar para el representado porque éste así lo ha autorizado, legitimándolo para ello. Por lo general esta legitimación se documenta en un título, que es donde se suele describir el ámbito de acción previsto para el representante. El poder es, a nuestro entender, el título que legitima al representante para actuar para (en interés) y por (en nombre) del representado. Por lo antes expuesto, en la representación al representado se le denomina también «poderdante» y al representante «apoderado».

#### **D) Fuentes de creación de los poderes de representación**

Lo normal es que este poder surja de la propia voluntad del representado que lo confiere al representante. Excepcionalmente puede derivar directamente de la ley, y, por último, puede suceder también que este poder surja de alguna decisión o resolución judicial en aplicación de una norma legal, tal lo que sucede con la figura del defensor de oficio, con la representación legal de los ausentes, cuando se designan síndicos, etc.

#### **E) Caracteres del poder**

En doctrina se ha sostenido que el poder se caracteriza por ser:

- 1- Abstracto
- 2- Recepticio
- 3- Unilateral
- 4- Independiente

Como ya lo señaláramos el poder es abstracto pues de él no se deriva ninguna relación obligatoria ni para el representado ni para el representante, generándose tan sólo en favor del último una esfera de discrecionalidad más o menos amplia.

La calificación de «abstracto» puede llevarnos al error de pensar que el poder carece de causa, lo que no es así. Siempre la tiene, pero puede ser muy variada, como viéramos anteriormente. Es de aplicación en el tema lo previsto en el art. 1290 del C.C. en la medida en que, aunque la causa no se exprese en el contrato «se presume que existe», y que es lícita, mientras que el deudor no pruebe lo contrario.

La característica de la abstracción, lo que quiere señalar, en definitiva, es que el negocio central del que puede surgir el poder puede ser de muy diversa naturaleza: mandato, arrendamiento de servicio, sociedad, etc.

Se dice, además, que es independiente con relación al negocio básico, a la relación representativa, o negocio base faculta y no obliga, como ocurre con el contrato.

La independencia se constata, además, en el hecho de que existen claramente la denominada relación externa (representante - tercero) y la relación interna (representante - representado). El poder se da exclusivamente en la relación interna, y no necesita ninguna relación jurídica previa que puede o no estar. Puede existir poder sin contrato subyacente. Así, puede otorgarse el poder cuando aún no se ha celebrado el contrato y para que éste se pueda, precisamente, formalizar. Puede extinguirse el contrato y el poder otorgado permanecer válido.

En otro orden se señala que es unilateral, o sea, que alcanza con la mera voluntad del poderdante para configurarlo. En realidad este aspecto siempre lo hemos visto un tanto controvertido pues se requiere en todo caso en los hechos la aceptación del apoderado para la eficacia del poder, pues el puede rehusar tal investidura.

Se ha señalado luego que el apoderamiento se considera como negocio recepticio en el sentido de que, para su validez y eficacia, no basta solo la existencia de la declaración de voluntad unilateral del poderdante, sino que es menester que esta declaración de voluntad sea emitida y dirigida a otra u otras personas. La declaración es válida y eficaz cuando ha llegado al destinatario concreto y determinado de la misma, por eso se entiende que es recepticia.

El representante y el tercero son los posibles destinatarios de la declaración de voluntad de apoderamiento (arts. 2053 in fine, 2075 y 2101 del C.C.).

Como bien lo señala DIEZ PICAZO (*ob. cit.*, pág. 136) el poder es requisito de eficacia de la gestión que realiza el representante.





## F) Requisitos

A continuación se analizarán ciertas características de la causa, la capacidad, la forma y la publicidad en el negocio de apoderamiento.

En primer lugar, con relación a la causa, queremos señalar que si bien la doctrina de la abstracción sostiene que el poder lleva a la lógica consecuencia de que el apoderamiento es eficaz aunque su causa no exista, o sea falsa, o sea ilícita, consideramos que corresponde señalar la incidencia de la causa en la relación entre representante y representado, y además con relación a terceras personas. Entre representante y representado cierto es que el apoderamiento se da en atención a un fin o para cumplir un determinado fin que está latente en el negocio básico, o en el negocio de representación original o subyacente.

Puede ocurrir que el tercero no conozca este fin o no conozca esta causa. En este caso, no se pondera la causa sino la buena fe con que haya actuado este tercero en atención a la confianza que depositó en el poder invocado; por eso aquí el problema de la causa es irrelevante y lo que importa es la protección de los terceros de buena fe.

**Con relación a la capacidad** que se exige para el poderdante, o sea, para el que otorga el negocio de apoderamiento, se debe estar a los principios generales conforme al cual, se deben tener 18 años cumplidos de edad, no ser demente, ni sordomudo que no pueda darse a entender por escrito. Distintas son las exigencias como ya vimos, para quien puede ser apoderado (art. 2062 del C.C. ) (ver N<sup>o</sup> 11 A) a.i.)

**Con respecto a la legitimación** para apoderar se entiende que, en principio, deberá otorgar el poder aquel que directa y personalmente es titular de los derechos o de los intereses a cuya gestión el apoderado debe contribuir con su actividad, o con su comportamiento.

**Con relación a la forma del negocio** de apoderamiento comenzamos por señalar que en nuestro Código Civil no existe ninguna norma general que haga referencia a la forma que debe revestir el negocio jurídico de concesión de poder de representación o negocio de apoderamiento. La regla general es la de la libertad de la forma de apoderamiento. La forma no es constitutiva del negocio y el poder, puede decirse, que nace con independencia de ella.

Existen casos excepcionales donde se exigen ciertas formalidades para el poder. Así, en el caso del matrimonio por poder, se requiere que este sea «especial y en forma» (escritura pública, art. 100



del C.C.). El poder para litigar deberá otorgarse también en escritura pública (art. 39 del C.G.P.)

Se ha discutido en nuestro derecho si es exigible para el negocio de otorgamiento de poder la misma forma que se requiere para la celebración del negocio en el cual el poder va a ser utilizado por el representante.

En el derecho comparado este problema ha recibido respuestas. Así en el parágrafo 167 del B.G.B. Alemán se dice que «la declaración de apoderamiento no necesita la forma establecida para el negocio a que el poder se refiere». Mientras que el art. 1392 del Código Civil Italiano establece que el poder no produce efecto si no se confiere con la forma prescrita para el contrato que el representante debe concluir.

GAMARRA, en nuestro derecho (*Tratado...*, ob. cit., t. XV, pág. 149 y 151 y en *Anuario de Derecho Civil*, t. XVII, pág. 237) sostuvo que el negocio de apoderamiento tiene que reunir la misma formalidad que el negocio para el que va a ser utilizado ese poder. Así cuando el negocio de gestión, esto es, el negocio que realiza el representante con el tercero es solemne, el poder queda sujeto al requisito de forma que rige para este contrato; por ejemplo cuando se hace una compraventa de bienes inmuebles (art. 1664 del C.C.).

Las razones invocadas son que, de lo contrario, se frustraría la razón que impuso la forma solemne para el negocio de gestión o representativo, pues se supone que si se exigió la solemnidad en el negocio principal era porque se exigía mayor atención sobre la importancia del acto que se iba a celebrar. Además, señala GAMARRA que el art. 2053 del C.C. establece que, para el poder, no se admitirá la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento público (inc. 4º).

Para otro sector de la doctrina –CAUMONT - MARIÑO («Consensualidad del mandato con representación para celebrar un negocio solemne» en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XV, pág. 96) y GNAZZO («Dos reflexiones acerca del mandato en el Derecho Positivo Uruguayo», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XVI, pág. 259)– no se comparte este criterio por entender que, en realidad, el art. 2053 del C.C., no alude a un problema de forma en el negocio de apoderamiento sino a un tema de prueba solemne excluyente. Además, no hay solemnidad sin norma que lo establezca. En el caso no existe norma que prescriba la solemnidad del negocio de apoderamiento, en



consecuencia el negocio de apoderamiento para celebrar un negocio de gestión solemne no es solemne.

Nos queda una última precisión **con relación a la publicidad de los poderes**. En un principio, el art. 2053 inc. 5º del C.C. preveía la necesidad de que se publicaran los poderes, los mandatos, a fin de que fueran oponibles a terceros. Textualmente esta norma decía que era indispensable para que los poderes tengan efecto entre mandante y mandatario con relación a terceros la inscripción.

Actualmente el tema está regulado por el art. 41 de la ley 16.871 de 28 de setiembre de 1997, donde se establece que en la «Sección Mandatos y Poderes del Registro Nacional de Actos Personales» se inscribe respecto de mandato o poderes: 1) revocación; 2) renuncia; 3) sustitución; 4) suspensión; 5) limitación; 6) extinción (incs. 5º, 6º, 7º y 9º del art. 2089 del C.C.); 7) modificaciones y rectificaciones de relevancia registral de los actos enumerados precedentemente.

Se aclara especialmente que «no se inscribirán los mandatos y poderes, los submandatos ni las ampliaciones de mandatos».

### G) Clasificación

En la doctrina moderna en atención a como se forma, o como se otorga el poder, se lo ha clasificado en poder expreso o poder tácito. Esta clasificación surge implícita en la referencia al mandato expreso y tácito que realiza el mismo C.C. en el art. 2053. Para unos este fenómeno lleva implícita la idea de manifestación de voluntad tácita o declaración tácita de voluntad, pues todo negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o mediante signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación.

Otros han fundado la eficacia del apoderamiento tácito en el fenómeno de la responsabilidad civil, pues entienden que si el representado permite al tercero creer en la existencia de poder debe asumir las consecuencias como tales.

Por último, la figura del apoderamiento tácito se ha explicado como una forma de protección de la apariencia jurídica. Cuando esta apariencia es idónea para suscitar en los terceros la confianza o la representación mental de que dicha apariencia se corresponda con la realidad, el creador de la apariencia está vinculado con ella y tiene que dejar que sea hecha valer contra sí misma. En realidad, aquí lo que importa es la protección a los terceros de buena fe que creen en la apariencia generada. Para que se aplique esta teoría, es necesaria una situación de hecho que por su notoriedad sea objetivamente idónea

para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella. Asimismo se exige que el tercero no haya podido conocer la verdadera situación empleando una diligencia media.

#### H) Contenido del poder de representación

Ya vimos que, en esencia, el poder es una potestad para poder actuar que implica un conjunto de facultades que se le atribuyen al representante. Con relación al alcance de estas facultades vemos que las mismas pueden ser según el Código:

- Generales, y
- Especiales

Es general cuando comprende todos los negocios del representado, y es especial cuando comprende uno o más negocios determinados (art. 2054 del C.C. ).

No obstante haber sostenido la autonomía que existe entre el «negocio de apoderamiento» y «el negocio de gestión» de que se trate, en ciertos aspectos tienen una conexión necesaria pues el contenido de uno puede determinar el alcance que debe tener el otro. O sea, si por ejemplo el negocio de gestión es de enajenación, transacción, hipoteca o cualquier acto de riguroso dominio se requerirá un negocio de apoderamiento expreso pues así lo exige el art. 2056 inc 2º del C.C. La determinación de los negocios que llevan a que el poder sea especial, surge de la individualidad que se realice del objeto y la naturaleza del acto a realizar. El poder general sólo permite celebrar actos de administración.

Cuando se dice poder expreso en el art. 2056 del C.C., en realidad se está diciendo poder especial en los términos del art. 2054 del C.C. y con ello se tiene la facultad de disponer. De lo expuesto se deduce que en algunos casos el poder es sólo de administración, y en otros de disposición.

En ocasiones la doctrina (GAMARRA, *ob. cit.*, pág. 168) alude a la existencia de un poder especialísimo cuando la norma requiere una especificación mayor sobre la forma en que se debe actuar por otros. Tal lo que sucede en el caso del poder para contraer matrimonio (art. 100 del C.C.) o para transar (art. 2149 del C.C.). En este último caso se requiere, no sólo la facultad de transar, sino más específicamente la de transar sobre tal o cual materia litigiosa.

La relevancia del análisis del contenido del poder está en que de ello surgen los límites de las facultades conferidas al representante.



## I) Ejercicio del poder de representación

En primer lugar comenzamos por señalar que el poder debe ser ejercido dentro de los límites establecidos por el representado o que surjan de los textos legales. El representado pudo haber dado instrucciones al representante sobre como actuar; pero por sobre estos aspectos lo importante a tener en cuenta es el fin que se le asignó al representante.

**En el tema de los límites dentro de los cuales es posible ejercer un poder, no debemos olvidar ciertas pautas que surgen del propio código civil cuando, por ejemplo, en el art. 2057 del C.C. establece que no se consideran traspasados los límites del mandato en cuanto ha sido cumplido de una manera más ventajosa para el mandante, que la señalada por éste.**

En el ejercicio del poder de representación pueden darse algunas situaciones patológicas o anormales, que corresponde considerar. Así, puede suceder que el supuesto representante actúe «sin poder», actuando como «*falsus procurator*», o bien, puede suceder que se actúe extralimitándose o con exceso o en conflicto de intereses. Veamos los casos más importantes:

### a) Ejercicio de la representación «sin» poder: «*falsus procurator*»

El poder puede ser ejercido con normalidad dentro de los parámetros establecidos por el representante o bien podemos afrontar la denominada figura de representación sin poder o la del falso procurador. Estos dos últimos por cierto, son situaciones patológicas, anormales. Así, la denominada representación sin poder, se caracteriza porque se actúa a nombre ajeno pero careciéndose de poder de representación. Se habla entonces del falso procurador; situación a la que refieren expresamente los artículos 2057, 2075, y 2076 del C.C.

En realidad, existe obrar a nombre ajeno pero falta el poder, situación que, por otra parte, no altera, desde nuestro punto de vista, la estructura de la representación atento a lo que surge del 1255 del C.C.: «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria o legal (art. 1311) será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se haga».

Ciertos autores como GAMARRA (*ob. cit.*, pág. 177) entienden que en estos casos no puede hablarse de representación pues falta uno de sus elementos que es el poder.

Para SAYAGUÉS ARECO (“El contrato de remate”, *L.J.U.*, t. 55), en cambio, conforme al criterio sustentado, no es de la esencia del con-



cepto de representación el poder. Se actúa sin poder tanto en el caso de que no exista el mismo como cuando se actúa después que el mismo se extinguió, o porque se actúa fuera de los límites previstos. Se invade la esfera jurídica ajena sin tener poder como para invocar la representación que no se tiene del representado. Pero ante este acontecimiento se da una de las características más importantes que es la necesidad de tener que esperar, pues puede ocurrir que no obstante haber actuado sin poder sobrevenga la ratificación. En el caso tenemos que analizar también la hipótesis de representación aparente en donde el representante actúa como si realmente tuviera este poder.

La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del representante cuando, este, con sus actos tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente. Aquí no existe poder pero se ha actuado como si existiera y en consecuencia se tienen que afrontar las consecuencias del mismo.

Puede ocurrir además que se dé la figura denominada del "falso procurador", o sea que el representante llega incluso a invocar el nombre del representado y a pesar de ello carece de el poder necesario para hacerlo. Aquí también esta situación puede subsanarse eventualmente por la figura de la ratificación pero conforme a lo que se denomina «falso procurador». Como se ve, todo depende de la forma como se presenta el representante.

En el caso de falso procurador el representante simula un poder que en realidad no tiene e invoca una denominación sin estar autorizado y hace creer al tercero que es apoderado aunque no lo sea.

Los arts. 2075 y 2078 del C.C. refieren expresamente a la eventual responsabilidad del falso procurador debiéndose, en este caso, afrontar los perjuicios que pudo ocasionar al tercero si no dio a este conocimiento de sus poderes reales.

En el derecho comparado se ha regulado el tema sobre la idea de que le es inoponible al tercero la revocación, extinción o extralimitación en el ejercicio de un poder (art. 1396 del C.C. Italiano de 1942).

**Se trata de tutelar la confianza del tercero en una apariencia legítima al haberse actuado como si el poder hubiere existido.**

El tercero, para ser tutelado en estos casos debió haber actuado con la diligencia y prudencia debidas y con buena fe.



No se puede tutelar al tercero que comete errores inexplicables o inexcusables, o que no ha realizado los mínimos controles de la legitimidad de la representación que se le invoca.

La confianza en una apariencia lógica y razonable debe ser tutelada cuando se actuó con la diligencia debida. Los comportamientos exteriores, lo dicho, todo hacía pensar en que era «representante» cuando en realidad no lo era.

Para unos, en estos casos la representación se funda en la aplicación de la Teoría de la Apariencia, mientras otros sostienen que más que apariencia lo que hay es una representación tácita implícita en lo actuado (GALGANO - VISINTINI, *ob. cit.*, pág. 230).

El riesgo de toparse con un representante sin poder, que, como bien anota GALGANO (*ob. cit.*, pág. 369), es una realidad que amenazará siempre el mundo de los negocios, debe imputarse en principio al tercero contratante y no al sujeto cuyo nombre ha sido falsamente utilizado. El tercero debe tener la diligencia de controlar los poderes y si éste no existiera sólo podrá accionar contra el supuesto representante. Para que ello ocurra a su vez debió haber confiado sin culpa en una apariencia generada por el representante. El tercero tiene la carga de controlar la existencia de poderes o la legitimación de la representación invocada.

Cuando se actúa «sin» o «con exceso» de poder, el representado puede subsanar la situación a través de la ratificación de lo actuado por el representante omiso, que puede operar con efectos retroactivos, salvo que afecte derechos de terceros. La ratificación es un negocio jurídico unilateral mediante el cual el interesado (representado) atribuye eficacia en la propia esfera del acto realizado por el representante sin poder (GALGANO - VISINTINI, *ob. cit.*, pág. 327).

La ratificación supone el ejercicio de un derecho potestativo con relación al cual el tercero se encuentra en estado de sujeción en tanto no puede impedir su realización.

La ratificación debe instrumentarse en la misma forma que el negocio originario, pues configura una etapa en la formación originaria del negocio.

En doctrina se alude a la «ratificación propia» cuando se confirma un acto realizado sin representación, y a «ratificación impropia» cuando se trata de convalidar un negocio jurídico viciado (BRUSCUGLIA - GIUSTI, v. «ratifica» en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, pág. 689, Milano, 1987).



Ratificar supone asumir en la esfera jurídica propia actos que fueron extraños o no realizados por el que los asume. La ratificación opera como un requisito de eficacia en la medida en que se tutela el interés del tercero que creyó en la existencia y ejercicio correcto de un poder. El que ratifica legitima el proceder carente de poder, o sea, la ratificación es un «negocio de legitimación», unilateral, recepticio, que supone el ejercicio de un derecho potestativo.

La ratificación encuentra su explicación (*ratio*) en una exigencia de economía jurídica que lleva a la aplicación del principio de la conservación del negocio jurídico.

En doctrina se discute cuál es la situación del negocio realizado entre el tercero y este falso procurador o representante sin poder.

Varias son las propuestas que se han formulado:

Para unos se trata de un caso de nulidad, pues el negocio antes de la ratificación es inexistente pues falta el consentimiento del representado que es la auténtica parte contractual. La crítica que se efectúa a esta tesis es que la inexistencia de una norma jurídica no puede convertirse con la ratificación en algo válido.

Otro sector de la doctrina (SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1977, pág. 80; CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, pág. 179) no plantea el tema en el terreno de la validez o eficacia propiamente tal, sino que señala que en realidad aquí hay una eficacia suspendida o una inoponibilidad. El negocio es válido pero ineficaz, sin eficacia actual, sin la eficacia propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida al advenimiento de la ratificación. Aquí el problema está en que la ratificación, en realidad, no es propiamente una condición pues no es un acontecimiento futuro e incierto sino que depende de la voluntad del representado.

Otros entienden que mientras existe la posibilidad de ratificación, lo que existe respecto del representado es una oferta que puede o no ser aceptada. El representante sin poder no hace otra cosa que transmitir por medio de éste una oferta contractual al representado.

Por último, están aquellos que entienden que en estos casos se trata de un negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación (GALGANO - VISINTINI, *ob. cit.*, pág. 316). De acuerdo con esta tesis al negocio le estaría faltando la aceptación del representado, para completarse le falta el consentimiento de éste.

El representado en conocimiento de que el representante ha actuado en forma errónea, careciendo de poder, puede, a posteriori,





aceptar la actuación del representante y asumir sus consecuencias. La actuación del representante se transforma entonces en actuación plenamente representativa, y despliega sus efectos sobre el representado.

La ratificación, destacamos, es «a posteriori», y la concesión del poder es «a priori». **La ratificación cumple entonces una función de justificación, o de convalidación; esta ratificación salva el negocio de la ineficacia a que en otro caso se vería sometido.**

Para nuestro Código Civil ésta sería la tesis aplicable (ver art. 1255 del C.C.) aunque, en realidad, la nulidad a que alude esta disposición parece ser provisoria.

Para otro sector de la doctrina estaríamos, en realidad, ante un contrato válido pero que en realidad es ineficaz, dependiendo esto último de la ratificación. La misma posibilidad de ratificar a que alude el art. 1255 del C.C., está señalando a las claras que si es posible ratificar el negocio, en realidad, era válido.

Para GAMARRA (*ob. cit.*, pág. 184) lo que el art. 1255 del C.C. llama ratificación no es un requisito de eficacia ni tampoco un elemento externo del contrato, sino algo que pertenece al consentimiento. Por tanto, en estos casos, no es que no exista nulidad, sino que no existe ni el mismo contrato.

**En nuestra opinión**, no es que aquí no exista un contrato, sino que se está en un proceso de formación. De no ser así, en lugar de aludirse a ratificación se debería pensar en una convalidación de algo nulo, lo que es diferente a la falta de ratificación.

Pensamos que en los casos del art. 1255 del C.C., más que preocuparnos de la representación sin poder, lo que debe considerarse es la existencia de una «representación aparente», a la vez que no se debe olvidar la protección al tercero de buena fe que contrata con el representante como si fuera tal.

Ahora bien, si el tercero y el representante son conocedores de la falta de poder y contratan sobre la idea de lograr luego la ratificación prevista en el propio Código Civil, el contrato tendrá una eficacia provisoria sujeta a condición.

Si el representante con dolo induce al tercero a pensar que el poder existe, podrá impugnarse luego el contrato por error o dolo del representante. Si el tercero actúa con negligencia y no se cerciora de la existencia de un poder, el contrato podrá considerarse válido entre el tercero y el representante, no siéndole oponible al representado.

La ratificación opera con efectos retroactivos a la época de celebración originaria del contrato, no afectando los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

**A nuestro entender, en estos casos el acto no está incambiado ni incompleto, sino que sus efectos son provisorios y deben ser consolidados.** De alguna forma, la ratificación es un negocio jurídico que a su vez que deriva de una declaración de voluntad unilateral por la cual alguien consiente en asumir la posición jurídica y los derechos u obligaciones que a dicha posición correspondan y que un tercero hubiera creado para él, declarando ante otra persona que actuaba en su nombre y representación (BETTI, *ob. cit.*). La ratificación tiene efecto retroactivo, o sea, convalida o da eficacia a todo lo actuado desde el momento en que el representante realizó la gestión.

La pregunta que nos queda por formular es si la parte que contrata con el representante sin poder puede luego rescindir unilateralmente lo acordado o debe esperar ante una posible ratificación del representado. La respuesta está dividida entre quienes entienden que el contratante de buena fe no tiene porqué verse afectado por esta situación y puede rescindir el acuerdo (BETTI, CARIOTA FERRARA), y quienes entienden que este tercero no puede rescindir unilateralmente el acuerdo.

**En estos casos, en nuestra opinión, el negocio no está afectado en su validez, sino en su eficacia, y debe tutelarse el derecho del representado a ratificar.**

Si el representado no reacciona y permanece inactivo, podrá perder su derecho pues la situación de indeterminación no podrá quedar indefinida. En otro orden, debemos señalar que la ratificación puede ser tácita o expresa.

Desde un punto de vista operativo, corresponde señalar que la ratificación debe llegar a conocimiento del tercero, debe notificársele a éste la existencia de esta ratificación, por eso es que se dice que la ratificación es de carácter esencialmente recepticio.

En los casos de representación sin poder, en primer lugar, no hay nulidad absoluta, pues existe la posibilidad de ratificación, y el caso no se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1560 inc. 1º del C.C. No vemos que exista nulidad relativa del momento que aquí no existe un vicio de la voluntad en ninguna de sus formas. En nuestra opinión en estos casos estamos ante un negocio ineficaz o inoponible ante el representado.

Si existió abuso de poder y el tercero lo ignoraba, el negocio realizado respecto de éste es válido y oponible estando facultado el representado a iniciar una acción de daños y perjuicios contra el representante. El representante puede incurrir en responsabilidad cuando actúa sin o con exceso de poder y el representado no ratifica lo actuado, debiéndose afrontar las consecuencias de un contrato con relación al cual el tercero actuó con la diligencia debida y no advirtió la falta, el abuso o exceso de poder. El tercero podrá luego accionar contra el representante encarando su acción resarcitoria dentro del ámbito de la responsabilidad precontractual.

Si al representado se le pudiere atribuir la culpa de haber creado la apariencia en el proceder de su representante, el tercero podría también plantear su pretensión resarcitoria contra el representado. De esta forma el representado puede ser visto como «cómplice» del representante, y el tercero accionar contra él por la vía extracontractual.

*b) Ejercicio abusivo del poder de representación. Conflicto de intereses (actuación en interés del representado)*

Como obligaciones principales del mandatario o apoderado está **la de ejecutar el mandato con diligencia y buena fe, actuando dentro del alcance de los poderes conferidos**. Además, tiene la **obligación de rendir cuentas**. (artículo 2074 del C.C.)

Si se excede del mandato generando beneficios para el mandante (artículo 2057 del C.C.), se entiende que se actuó dentro de los límites del mandato. Pero la situación es muy diversa si se actúa fuera de los límites del mandato o del poder y se causa un daño al mandante. Las normas del Código Civil son cuidadosas al determinar que el mandatario no puede actuar cuando entra en oposición de intereses con el andante (Art. 2060, 2070 y 2071 del C.C.).

Aquí se marca un deber de lealtad y de buena fe. Si el mandatario se excede de lo marcado por un poder, o entra en conflicto de interés, lo actuado será nulo si no es ratificado por el mandante (art. 2076 inc. 2º del C.C.).

Para que ello ocurra es necesario que no exista autorización y, además, que la persona con la que contrata conozca la ausencia de poder con que actuó el mandatario.

BADENAS CARPIO (*Apoderamiento y representación voluntaria*, Madrid, 1998, pág. 273) sostiene que uno de los temas que, sin duda, mayores problemas plantea y que más interés suscita, en materia de

representación voluntaria, es precisamente el del eventual conflicto de intereses entre representante y representado. Sin perjuicio de que mediante el apoderamiento se pueda satisfacer un interés no sólo del principal, sino, también, del propio apoderado o de un tercero, lo cierto es que el negocio de apoderamiento nace de un acto de voluntad del principal, y es esta voluntad, mediante el ejercicio de su autonomía privada, la que determina cuáles son los fines que el poder de representación debe cumplir.

Como lo destaca el autor citado lo importante no es tanto el interés último que inmediatamente se trata de satisfacer por medio del apoderamiento, sino si el representante, hacer uso del poder conferido cumple el propósito que guió al principal a la hora de otorgar los referidos poderes, es decir, su voluntad, pues tal voluntad queda constituida como el fundamento o como el interés primario que, en todo caso, debe quedar salvaguardado una vez que el poder ha sido utilizado.

**Como regla básica, en todo caso el representante debe contratar en interés del representado.** No puede, en estas circunstancias, actuar en su propio interés. El problema a resolver se da cuando el representante actúa en situaciones en las que pueden entrar en conflicto u oposición su propio interés con el del representado.

Veamos un ejemplo. El representado faculta al representante a vender un campo por un precio no inferior a u\$s 500.000.

El representante recibe una oferta de u\$s 600.000 y otra de un amigo por u\$s 500.000, decidiendo venderlo a este último. Sin duda está afectando el interés del representado.

Como criterio general, pudiéndose acreditar este conflicto de interés, y la eventual colusión o complicidad del tercero, el representado podría requerir la nulidad del contrato. Si el tercero desconocía la situación, debe protegerse su buena fe.

**El conflicto de intereses** es una cuestión que ha sido contemplada desde una doble perspectiva: a) como contraposición virtual y abstracta, denominada por un sector de la doctrina conflicto directo; y b) como contraposición real y efectiva, resultante de las circunstancias del caso, denominada por el mismo sector doctrinal, conflicto indirecto. En un caso es la propia ley la que establece con carácter previo los presupuestos en que se considera que existe conflicto de interés entre representante y representado, enunciando, por ejemplo, situaciones de incompatibilidad de actuación de determinados



representantes legales, evitando situaciones del peligro en las que pueda existir conflicto de intereses.

En otros casos, en forma indirecta, el conflicto interés puede depender de la voluntad manifestada o presunta del poderdante en el momento de otorgar el poder, situaciones en las que el apoderado puede abusar de su poder extralimitándose, separándose no solamente de lo que se le ha dicho en forma expresa sino en forma implícita, en conocimiento pleno de cuál fue para el que se le confirió el poder.

La ley regula ciertos casos concretos. Como los de la representación legal, donde la norma impide la realización de ciertos actos al representante por entender que existe «conflicto de intereses». Así, la compraventa de bienes entre mandante y mandatario no es posible hacerla en relación a un determinado bien si no existe autorización expresa (art. 2070 del C.C.), el tutelado o curatelado no puede vender bienes al tutor o curador (arts. 271 y 412 del C.C.), precisamente porque existe conflicto de intereses.

Para GAMARRA (*ob. cit.*, pág. 196) en todos estos casos se estarían transgrediendo normas de orden público, y, en consecuencia, se produciría la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito.

En todas estas situaciones se advierte un contraste o incompatibilidad en la representación de intereses que deben corresponder a partes distintas. La ley, en estos casos, sale a proteger en forma directa al representado (hijo, mandante, tutelado, curatelado).

Aquí existe un vicio sustancial con prescindencia del daño real que se haya podido causar.

En los casos de representación voluntaria, como bien anota BADENAS CARPIO (*ob. cit.*, pág. 275) la determinación del conflicto de intereses que pueda determinar la existencia de abuso en el ejercicio del poder, es una cuestión de indagación interna de la voluntad que subyace en el fondo de cualquier otorgamiento de poder.

**Para que se genere un ejercicio abusivo del poder es necesario que exista un conflicto de interés entre representante y representado, que sea actual y no meramente potencial, en el momento en que el primero haga uso de los poderes correspondientes y, además, ha de ser real, no bastando que sea meramente aparente.**

En forma abstracta, BADENAS CARPIO (*ob. cit.*, pág. 276) entiende que para que haya conflicto de interés no es preciso que se produzca un daño efectivo en el patrimonio del poderdante. Desde nuestro



punto de vista, para que se configure ejercicio abusivo del poder con las consecuencias resarcitorias que del mismo pueden derivar, es necesario que en el ejercicio abusivo del poder se haya causado un daño. Si bien puede haber conflicto de interés sin que se produzca un daño, y ello puede determinar el cese del poder, para que haya ejercicio abusivo del poder debe necesariamente estar relacionado con un daño y de allí poder justificar las consecuencias resarcitorias.

**En esencia, el concepto de conflicto y abuso viene a ser la misma cosa; dicho de otro modo, el abuso se manifiesta por un uso inadecuado de los poderes de representación por el apoderado que se encuentra en una situación que pudiera ser calificada como propia de un conflicto de intereses con su representado. El propio BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, Torino, 1958, pág. 601), entiende que la teoría del abuso de la representación se refiere a la hipótesis de un conflicto de intereses entre el representante y el representado.**

Con claridad BADENAS CARPIO (*ob. cit.*, pág. 279) sostiene que quien abusa de su poderes, se podría decir que es un sujeto respetuoso (en parte) con el contenido del apoderamiento, en cuanto que, al menos, desde un punto de vista cuantitativo respeta sus límites. En efecto, el representante que abusa de su posición es respetuoso con el tenor liberal del apoderamiento y sobre todo con su extensión y límites, pero no lo es con el fundamento de su poderes, la voluntad del poderdante, puesto que persigue un interés distinto del que se tuvo en cuenta al otorgar el apoderamiento y, como señala la doctrina, en colisión con el mismo.

Otros autores como GORDILLO CAÑAS (*La representación aparente*, Sevilla, 1978 pág. 95 y 96), en estos casos prefieren hacer referencia a la figura de exceso (cuantitativo) del poder conferido, presentando al abuso como una subespecie de este exceso (genérico) de poder.

**En concreto, el abuso de poder se puede considerar como un vicio en el ejercicio del poder de representación que deslegitima al apoderado para actuar en nombre del representado.**

Lo peculiar de este tipo de situaciones refiere al análisis de sus consecuencias pues, más allá de la falta de legitimación con que pueda estar afectado el apoderado, lo cierto es que con relación a terceros, debe protegerse la buena fe con que han creído legítimamente en la apariencia que se les ha generado. En estos casos los efectos que se proyectan sobre el representado no vienen marcados tanto por el poder o el mal uso del poder, sino por la vigencia plena del principio de



la buena fe que en este caso tutela al tercero y protege una situación de apariencia jurídica.

Si el tercero junto con el apoderado conocían o debían conocer la existencia de este abuso en el ejercicio del poder, ello determina que lo actuado no sea oponible al representado.

BADENAS CARPIO (*ob. cit.*, pág. 280) sostiene que el abuso de poder de representación puede desencadenar un supuesto de anulación de lo actuado por el representante siempre que ello no perjudique los intereses de los terceros de buena fe.

La irregularidad en el representante que actúa con abuso de poder puede determinar consecuencias resarcitorias emergentes del incumplimiento de un contrato que lo vinculaba con el representado.

**Para una adecuada ponderación del conflicto o eventual situación de abuso y sus consecuencias debe ser tomada en cuenta la buena fe, no sólo de un determinado sujeto sino la de todos los que se encuentran ligados por la relación, tanto en su vertiente interna (creencia o ignorancia respecto de la veracidad o falsedad de la situación aparente), como externa (conducta diligente o negligente de cada uno).** Por tanto, concluye BADENAS CARPIO (*ob. cit.*, pág. 306) en lo que atañe a terceros que se supone deben ser protegidos por su buena fe, no es suficiente con que desconozcan la inexactitud de la situación aparente, es necesarios también que, por un lado, hayan procedido con la diligencia debida y, por otro, que la apariencia presente una estructura tal que fundadamente pueda pensarse, sin que sea exigible tampoco una nominación e investigación de los antecedentes, que se corresponde con una situación jurídica verdadera "teniendo en cuenta los criterios imperantes en el tráfico y la forma de manifestarse los derechos" y, en lo que refiere al sujeto creador o al que presumiblemente se le pudiera imputar la falsa apariencia, éste deberá haber actuado de tal modo que a su conducta se le pueda atribuir algún grado de responsabilidad en la producción de la situación aparente, ya sea por dolo o simplemente por negligencia, bien sea porque él mismo sea el que con sus propios actos haya creado la situación o porque por su actitud omisiva ha consentido que la falsa apariencia se manifestare a los terceros.

Como bien señala SCOGNAMIGLIO (*ob. cit.*, pág. 111) en los casos de actuación de un falso representante con un tercero, se realiza una relación válida y vinculante, sólo que falta la conexión de los efectos con el destinatario real (quien podrá conectarlos con su ratificación), su eficacia mientras tanto, quedará suspendida.

El tercero afectado no está facultado para ejercer ningún derecho de receso unilateral ni puede, a nuestro entender, invocar la nulidad del contrato.

Pensamos que el ejercicio anormal abusivo del poder de representación puede configurar sí un acto ilícito que puede justificar la acción resarcitoria correspondiente en atención a los daños causados (GALGANO - VISINTINI, *ob. cit.*, pág. 268).

En ciertos casos puede ocurrir que el actuar del representante, que por sí puede configurar un ilícito, haya sido autorizado expresamente por el representado y que ello lo legitime. Ej.: el denominado contrato consigo mismo cuando es autorizado por el representado (art. 2070 del C.C.).

## J) Jurisprudencia

*El abuso del poder de representación tiene lugar cuando el representante ejercita su poder en contraste con el fin para el que le ha sido conferido y en particular persigue intereses propios o de un tercero. El mandante autorizó al mandatario a comprar por sí y a poner el precio, lo cual no conlleva la inexistencia de tal abuso. Lo puede haber y lo hay cuando, como en la especie, el representante cuida sus propios intereses sacrificando los de su representado.*

*El mandatario tenía el deber de comportarse de modo normal, vigilante y honesto. El inc. 2º del art. 2066 puede considerarse como un principio general en la materia que prohíbe claramente al mandatario actuar contra los intereses del mandante, el cual no es derogado siquiera por la autorización que el mandante puede conferir de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2070 del C.C.*

*Si bien en el Código Civil hay normas referentes a conflicto de intereses en materia de representación, la ley guarda silencio acerca de la validez del contrato, a diferencia de la representación legal o necesaria la cual prescribe la nulidad del contrato (Art. 271 y 412 del C.C.)*

*No obstante lo expresado, puesto que el conflicto de intereses se presenta en uno y otro tipo de representación con los mismos caracteres, parecería que la solución debe ser la misma, vale decir, que este fenómeno debe ser considerado como un impedimento que obsta a la formación válida del contrato.*

*La existencia de este conflicto de intereses impide la formación del contrato ante la prohibición que el legislador ha establecido para no proteger intereses en consideración de las prestaciones o del fin perseguido, ya que no se daría el acuerdo de voluntades y no existiendo este acuerdo no hay contrato por falta de consentimiento.*



*Juzgado Letrado en Primera Instancia de 21º turno, sentencia 32 de 8 de octubre de 1996, A.J.U., t. VII nº 16.*

#### **K) Abuso de derecho de revocar el mandato**

Surge de los arts. 2086, 2087 del C.C. y 326 inc. 3º y 237 del C.Co., que el mandante puede revocar el mandato "cuando le plazca". Por principio, esta es una facultad que se presenta como irrestricta, en el sentido de que se está ante un contrato fundado en la confianza y de naturaleza esencialmente gratuita donde juega principalmente el interés del mandante.

Pero si el mandato es oneroso esta facultad de revocar debe asumir otro perfil y ejercerse el derecho de revocación respetando el deber de actuar de buena fe, evitando en lo posible daños injustificados.

En este sentido podemos tener presente el criterio planteado por el art. 380 del C.Co. que, al referirse a una situación similar a la aquí planteada, establece: "Cuando el comitente revoque el mandato antes de concluido, sin causa justificada procedente de culpa del comisionista nunca podrá pagarse menos de la mitad de la comisión, aunque no sea lo que exactamente corresponda a los trabajos practicados".

Cuando el mandato es oneroso el criterio no puede ser el de la revocación "cuando le parezca". Creemos que en estos casos, tanto el mandante como el mandatario, si renuncian o revocan en forma intempestiva sin justa causa, pueden incurrir en abuso e inclusive en situaciones de responsabilidad contractual.

La falta de interés legítimo, la desviación del fin para el que se concedió este derecho, son criterios de orientación en la posible existencia del abuso de derecho.

El derecho de revocación no es un derecho absoluto, especialmente en los contratos onerosos, sino relativo, que se debe ejercer con un motivo o interés legítimo.

Sin duda cuando el art. 2087 del C.C. legitima la revocación "cuando le plazca al mandante", responde a considerar a la confianza como el verdadero centro de la relación contractual. El mandante designa al mandatario porque confía en él y se está ante una relación gratuita. Cuando se pierde la confianza, ello solo opera como fundamento de la facultad de revocar, lo que justifica la revocación unilateral sin objeción de causa es que en estas situaciones el único interés que está en juego sería el del mandante. Como ya dijimos, todo esto es exacto en los mandatos gratuitos.

La renuncia del mandatario no puede ser intempestiva o abusiva. Este criterio puede inferirse de lo establecido en el art. 2093 del C.C. en cuanto esta norma dispone: "la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados.

De otro modo, deberá indemnizar al mandante si es perjudicado. A menos que él se halle en imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa o sin grave perjuicio de sus intereses propios".

O sea, la renuncia del mandatario no puede perjudicar al mandante en forma irregular, debiéndose proceder con cautela sobre la base de un eventual preaviso, tratando de evitar los perjuicios que pudiera causar una decisión intempestiva.

En forma implícita está vigente el criterio de que el derecho de revocar o el derecho de renunciar deben ejercerse con motivos legítimos o con justa causa.

No se pueden ejercer estos derechos con intención de dañar o sin proceder de buena fe, o bien sin una justa causa.

## 5. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE RECESO

### A) Presentación del tema

El derecho de receso, sea de origen legal o convencional, tiene particular relevancia pues de él deriva la extinción del vínculo obligacional existente entre las partes. Pero este derecho, como todo derecho subjetivo, si no se ejerce correctamente, puede prestarse para abusos.

**En esta materia el abuso de derecho se caracteriza por presuponer el ejercicio del derecho sin un motivo legítimo o sin una causa real de justificación.**

Se responde por el ejercicio abusivo del derecho de receso (renuncia, despido), no sólo cuando se actúa de mala fe sino también cuando se actúa sin un motivo justificado. El abuso de derecho, en estos casos, se determina, en términos de JOSSEERAND (*ob. cit.*, pág. 160), por la falta de justificación, independientemente de toda malevolencia.

El derecho de receso puede tener su fuente en la ley, en un principio general de derecho o en el contrato. Independientemente de cuál sea la fuente, en cualquiera de estas situaciones puede ocurrir que el derecho de receso sea ejercido abusivamente o sin justa causa.

LORENZETTI ("Abuso de derecho, contratos de duración y de distribución de bienes" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1998, n° 16, pág. 116), partiendo de la tesis que admite la legitimidad de las cláusulas que regulan la rescisión del contrato aun en los contratos por adhesión, corresponde evaluar la existencia de abuso de derecho en el ejercicio de esta facultad, siendo el abuso un límite interno al ejercicio de dicha facultad.

Presenta, a los efectos de determinar la existencia de abuso en el ejercicio del derecho de receso, la denominada tesis "de los dos tiempos". La misma entiende que no hay ejercicio abusivo si se respetan dos tiempos: a) el del preaviso; y b) el de la duración de la relación que había permitido la amortización de las inversiones y la obtención de ganancias por el distribuidor o consorcio. Si bien se trata de una facultad que se contrata y acuerda, y que puede ser invocada sin invocación de causa por la sola voluntad de la parte, lo cierto es que igualmente lo que se decide debe respetar ciertas pautas, como la existencia del preaviso, lo que surge de los usos y del tráfico, de las prácticas judiciales más comunes; se debe ponderar, además, si tal receso no implica un enriquecimiento injustificado del momento que puede determinar aprovecharse indebidamente de la clientela obtenida por el trabajo del distribuidor, agente o concesionario, porque esta es una ventaja que recibe el distribuido que resulta de la actividad de su co-contratante y que, por lo tanto, ha de merecer una retribución.

Por otra parte, el autor citado refiere a que se debe ponderar la existencia de un interés del titular que ejerce este derecho. Si este interés existe, se descarta la presencia de un abuso. Tal lo que ocurre en el caso de que el concesionario o el distribuidor no vendió lo suficiente, o no lo mantuvo las cualidades que determinaron su elección.

La exigencia de preaviso, en términos generales, se justifica en la adopción de una medida tendiente a mitigar posibles daños.

En todo caso debe ponderarse debidamente el entorno en el que se ejerce el derecho de receso: el interés que existe en el que lo ejercita; la eventual intención de dañar; de obtener un beneficio indebido; la regularidad, la normalidad, la racionalidad con la que se actúa.

## **B) Doctrina nacional**

La doctrina civilista en forma unánime admite que el ejercicio del derecho de receso es particularmente delicado y tiene como límite el abuso de derecho (En ese sentido GAMARRA, *Tratado de Derecho*



*Civil Uruguayo*, t. XIV, pág. 241; BERDAGUER, «La justa causa del receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado», *A.D.C.U.*, T. XXXIII, pág. 469; CAUMONT, «Desistimiento unilateral», *A.D.C.U.*, t. XIX, pág. 202; BERGSTEIN, *A.D.C.U.*, t. XXVI, pág. 538; MERLINSKY, *Modernas formas...*, pág. 36; FERNÁNDEZ LARRAÑAGA, «Límites del receso unilateral», *A.D.C.U.*, T. XXX, pág. 571; MANTERO CHALAR, «Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada», *A.D.C.U.*, T. XXXII, pág. 755).

A continuación pasaremos a develar cuáles son los elementos reveladores de la existencia del abuso en el ejercicio del derecho de receso.

Asiste razón a BERDAGUER («La justa causa de receso unilateral en los contratos con plazo determinado», *A.D.C.U.*, T. XXXII, pág. 477) al considerar que cuando los contratos de duración carecen de plazo determinado, el principio general de la temporalidad de las obligaciones atribuye a cualesquiera de las partes la potestad de desistir unilateralmente del contrato, sin expresión de causa.

**No obstante, dicha potestad se halla limitada por la “teoría del abuso de derecho”: el receso unilateral no puede ser ejercido en forma arbitraria, o de mala fe, ni sin dar cumplimiento a ciertas exigencias en materia de duración mínima del contrato o en cuanto a la oportunidad en la cual el referido receso es ejercido.** En los contratos de duración sin plazo determinado, cuando no existe justa causa de receso, la parte que quiere desistir del contrato debe actuar –para no incurrir en abuso de derecho– de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Pero nuestra jurisprudencia se ha encargado de sostener que el que ejercita esta facultad contractual debe hacerlo sin excesos para evitar incumplimientos que ameriten la condena al resarcimiento de daños (Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 21 de 15 de marzo de 1989; *L.J.U.*, t. 99, c. 11.311). Idem en la jurisprudencia nacional: T.A.C. 2do, sent. 87 de 19 de mayo de 2004, *L.J.U.*, T. 132, c. 1508.

De lo expuesto se deduce que el ejercicio del receso unilateral es legítimo siempre que no se realice con exceso, o sea, con abuso de derecho. Con carácter general, puede entenderse que hay abuso de derecho si no se actúa de buena fe, si se transgrede la moral o el orden público, si se actúa con intención de dañar o si se actúa sin justas causas.

En nuestro derecho, en los últimos años se han realizado algunos estudios doctrinarios sobre el tema motivados en el comentario de dos interesantes sentencias.



El primero de ellos es de JONÁS BERGSTEIN («Contrato de distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva» en *A.D.C.U.*, t. XXVI, pág. 538), que comenta la sentencia N° 32 de 22 de julio de 1996 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7mo. Turno (Dra. Cantero de Castellanos).

El segundo estudio fue realizado por CERISOLA - ALEJANDRO HERNÁNDEZ («Test jurisprudencial de dos casos para determinar la existencia de una rescisión abusiva», *A.D.C.U.*, t. XXVIII, pág. 708) y refirió sustancialmente al comentario de la sentencia N° 14 de 6 de marzo de 1988 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9 no. Turno (Dra. ANA MARÍA MAGGI).

**Lo realmente interesante de estos estudios radica en determinar si en aquellos casos en que la norma legal no lo exige específicamente es necesario acreditar las justas causas de la rescisión unilateral para evitar que se considere abusiva.**

En la práctica se entiende que existieron justas causas para la rescisión cuando se perdió la confianza entre las partes, existieron desacuerdos en los precios o en las formas de venta, atrasos en los pagos, etc.

Junto a estos aspectos sustanciales es necesario controlar los formales: si se respetaron los plazos acordados para el ejercicio de este derecho, si se cumplió con el preaviso establecido, etc.

La sentencia N° 14 de 6 de marzo de 1988 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9no. turno, con acierto advierte de la importancia que tiene en los contratos de ejecución continuada, como el de distribución, la colaboración recíproca de las partes para mantenerlo. Así, si existen demoras injustificadas en el envío de la mercadería o en los pagos... lo más normal es que la relación jurídica termine por rescindirse y ello sea con causa justificada.

No existe, con carácter general, ninguna norma que exija acreditar las causas que justificaron el receso, pero lo que sucede en la práctica es que como puede ocurrir que el ejercicio de este derecho, como cualquier otro, se realice en forma abusiva, se busca evitarlo invocando las justas causas reales del receso como prevención.

Adviértase que la justa causa puede estar en haber perdido el interés o la confianza en la persona o en el negocio. Existe una justa causa cuando no se causa un daño injusto a otro, y es precisamente para evitar esos daños que se considera necesaria, por ejemplo, la existencia de un preaviso, según las circunstancias del caso.

En los casos en que el Código Civil regula la posible rescisión unilateral, salvo en el caso del depósito (art. 2269), el comodato (art. 2234 del C.C.), el mandato (arts. 2086 y 2087 del C.C.) y en la sociedad (art. 1933 del C.C.), no exige invocar las justas causas, lo que no quiere decir que justifique los excesos o arbitrariedades.

**La forma de evitar excesos en el ejercicio del derecho de receso lleva a su previsión.** Ello, en algunos casos, se logra con el preaviso, aún cuando éste no se haya pactado.

La proyección del principio de la buena fe en el deber de cooperación que tienen que cumplir las partes lleva a que traten de que, en la medida de sus posibilidades, la ruptura del contrato sea lo menos traumática posible (KLEIN, *ob. cit.*, pág. 158).

En muchos casos es inevitable que alguna de las partes sufra un perjuicio, pero si el derecho de receso se ejerció correctamente será un daño lícito.

Actuar de buena fe en estos casos supone ejercer el derecho de forma que la conclusión del vínculo jurídico cause el menor daño posible a la otra parte.

Puede orientarnos en el tema lo previsto por el Código Civil al regular la rescisión del socio (art. 1933 y 1935 del C.C.) estableciéndose que debe actuar de buena fe y en el tiempo oportuno.

**Como principio general, el preaviso evidencia un proceder de buena fe y precaución para evitar mayores daños a la hora de la rescisión.**

Con acierto BERGSTEIN (*ob. cit.*, pág. 541) entiende que si existen justas causas no hay abuso, y sólo cuando aquellas no existen o no fueron invocadas, corresponde analizar el posible exceso o abuso en el ejercicio del derecho.

Como sostuviéramos en otra oportunidad (ORDOQUI, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, T. III V. I, Mvdeo., 1999, pág. 74), debemos comenzar por recordar que el receso unilateral es de carácter excepcional, o sea, opera como excepción a la regla de la fuerza vinculante del contrato. De ello se deduce que no existe este derecho sino se pactó a texto expreso o no cuenta con respaldo legal. Además, en caso de duda se deberá optar por mantener la fuerza vinculante del acuerdo.

El receso unilateral es propio de los contratos de ejecución continuada y responde, en la mayoría de los casos, a lo acordado por las



partes o autorizado por la ley respecto de la necesidad de poner fin a una relación jurídica de duración indeterminada.

En síntesis, la buena fe en la instancia del receso cumple diferentes funciones:

- a) **es integrativa** del deber de aviso o del deber de mitigar el daño o de adoptar medidas para evitarlo.
- b) **limita el ejercicio del derecho del receso**. Estas dos funciones son interdependientes pues con la imposición del deber de aviso se limita el ejercicio del derecho. La buena fe en estos casos no se limita a rechazar una actitud dolosa o intencional en la causación del daño sino que aquí alcanza con la falta de la diligencia debida para incurrir en infracción. Si bien en el ejercicio de este derecho puede existir legitimidad formal porque el derecho se tiene y está respaldado contractual o legalmente, ello no impide que se pueda incurrir en ilegitimidad material en la forma en que es ejercido.

### C) El derecho de receso debe ejercerse de buena fe.

Como sostuviéramos (ORDOQUI, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, T. III, Vol. I, Mvdeo., 1999, pág. 78), al ejercer el derecho de receso se debe tener el cuidado de no incurrir en abuso de derecho. Uno de los criterios fundamentales para utilizar la figura del receso en forma ajustada a derecho es ejecutarlo de buena fe. Actuar de buena fe en el momento de rescindir unilateralmente el contrato supone proceder de tal forma que se cause menores perjuicios.

De este modo, la aplicación del principio de la buena fe viene a limitar o a indicar la forma en que es posible ejercitar este derecho.

**En este proceder de buena fe se justificará, por ejemplo, la exigencia de un eventual preaviso, o se calificará la oportunidad en que se ejerció el derecho de receso.** Con carácter general, el ejercicio de todo derecho debe hacerse de buena fe, evitando incurrir en abusos y daños injustos a terceros o a la contraparte.

En el caso particular de la rescisión, la norma en ciertas oportunidades exige la existencia de «justas causas». Por principio, en el caso de que la norma no requiera la acreditación de justas causas, en el ejercicio del derecho de receso no es necesario invocarlas o justificarlas a menos que se cuestionen por parte de quien se considere damnificado injustamente.

Existen casos en los que la norma expresamente señala que se puede rescindir el contrato «sin expresión de justa causa» (arts. 1837,



1847, 1789, 2268 del C.C.). Por el contrario, en el caso del depósito, se requiere la existencia de una justa causa (arts. 2249 y 2269 del C.C.), así como también en el comodato (art. 2234 del C.C.), en el mandato (arts. 2086 y 2087 del C.C.) y en la sociedad (art. 1933 del C.C.). Ver en este sentido BERDAGUER ("La justa causa de receso unilateral en los contratos con plazo determinado", *A.D.C.U.*, t. XXXIII, pág. 470).

**Queda claro entonces que en todo caso debe actuarse con discrecionalidad pero no con arbitrariedad, o sea, debe existir un fundamento para el proceder, que sea lógico y razonable.**

Si no se actúa de buena fe se incurrirá en el ejercicio abusivo del derecho, pudiéndose incurrir en responsabilidad por incumplimiento contractual.

Ciertos autores, como LACRUZ (*Elementos...*, t. II, pág. 398) han entendido que el desistimiento unilateral tiene por finalidad evitar un perjuicio actual o potencial.

Cuando se ejerce el derecho de receso debe hacerse en forma tal de evitar o de haber hecho todo lo posible para evitar daños injustificados a la otra parte. El ejercicio lícito de este derecho puede causar daños lícitos y justificados que deben ser asumidos por la parte dañada; pero cuando se ejercita en forma abusiva, al margen de lo que en el caso eran las pautas de un proceder de buena fe y al margen de lo razonable, puede ser abusivo y, si se causan daños, es posible que se deba asumir el resarcimiento. La pregunta pasa a ser cómo determinar cuándo el ejercicio del derecho se realiza dentro de lo que podemos considerar como razonable.

La respuesta se estableció, con carácter doctrinario, en los Principios Generales de los Contratos Lando, art. 1:302, cuando se dispuso que lo razonable debe juzgarse de acuerdo con lo que harían otras personas que actuaran de buena fe y en la misma situación que las partes. En concreto, para definir qué es razonable se debe tener en cuenta: a) la naturaleza y el fin del contrato; b) las circunstancias del caso; c) los usos y prácticas de la actividad involucrada.

#### **D) El preaviso como medio para mitigar el daño**

KLEIN (*El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, pág. 158) con acierto señala que la vigencia del principio de la buena fe en la aplicación de este instituto lleva a que se priorice la aplicación del deber de colaboración con el afectado ante el receso unilateral. Para ello es necesario el preaviso (o la vista previa en el ámbito de la



Administración) o adoptar las medidas que se entiendan necesarias para evitar los daños lícitos que puede causar el receso del contrato.

Por aquello de que en la vida no alcanza con ser honesto sino que se debe parecerlo, en esta instancia ante la eventualidad de que el receso pueda ser visto como abusivo, debemos estar en condiciones de poder acreditar que se adoptaron medidas tendientes a mitigar posibles daños. Como ya sostuviéramos (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. III, Vol. 1, Mvdeo., 1999, pág. 81), cobran importancia en nuestro tema aquellos indicios de conductas que evidencien el proceder de buena fe en el momento de ejercitar del derecho de desistimiento, pues, de lo contrario, podría estarse verificando un ejercicio del derecho con abuso.

Por principio, toda ruptura brusca de un contrato puede acarrear perjuicios para la otra parte. Esto es lo que se busca evitar con el preaviso, que constituye un indicio importante (pero no concluyente) de la ausencia de abuso de derecho. Preavisar supone informar con cierto plazo lo que va a ocurrir en determinado momento en el futuro. En el caso, lo que se preavisa es la voluntad de extinguir el vínculo jurídico con la antelación suficiente como para evitar daños mayores. El preaviso convierte a un contrato con plazo indeterminado en un contrato a término.

Adviértase que el preaviso no es un elemento esencial sino contingente en el desistimiento unilateral, que opera cuando el actuar de buena fe lleva a tratar de hacer todo lo posible para evitar un daño innecesario. Decíamos que constituye un indicio importante (pero no concluyente) de la ausencia de abuso de derecho. En otras palabras: el preaviso normalmente opera como un indicio que tiende a excluir la existencia del abuso de derecho en el ejercicio, pero ello no es concluyente, ya que de ponerse en duda habrá que evaluar otros elementos de la conducta del recedente.

Por lo expuesto se entiende que el preaviso cumple una función esencialmente preventiva.

**Sería un error pensar que procede un preaviso cada vez que se ejerza la facultad de rescindir unilateralmente un contrato. Lo que sucede es que en aplicación del principio general que lleva a actuar de buena fe en la ejecución o extinción de la relación obligacional, según las circunstancias del caso, cuando se es consciente de que se puede llegar a causar un daño, se debe tratar de prevenir el mismo y ello se sustancia a través de un preaviso.**

En algunos casos la necesidad de preaviso es regulada por las mismas partes o impuesta por la ley. Pero si nada previeron expresamente las partes o la ley, y teniendo en cuenta que los contratos obligaban no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la ley, los usos o la equidad (art. 1291 inc. 2º del C.C.) se puede llegar a la conclusión de que existía en realidad el deber de preaviso, pues el contrato debió ejecutarse de buena fe. Esta sería una consecuencia que surgiría de la naturaleza del contrato y del hecho de que el derecho de rescisión unilateral no puede ser ejercido en forma abusiva.

La buena fe, por principio, se presume, de forma que quien invoca el ejercicio abusivo del derecho de receso tiene la carga de la prueba.

#### **E) Reciprocidad en la prerrogativa rescisoria**

Corresponde tener en cuenta que en la actualidad en la regulación del Derecho de consumo con carácter general, en la legislación comparada y en la nuestra (Art. 31 lit D) de la ley 17.250), se entiende abusiva la cláusula que confiere derechos rescisorios o resolutorios pactados sólo a favor de una de las partes.

Así, en el *Côde de la Consommation* Francés, L.132-1, se prevé la nulidad de la cláusula de rescisión unilateral discrecional favor del profesional o del proveedor si el consumidor no tiene la misma.

#### **F) Ejercicio del derecho de receso (renuncia) del socio**

Especial relevancia damos al ejercicio del derecho de renuncia por parte de un socio en una sociedad civil. Los arts. 1933 a 1936 del C.C. refieren especialmente al tema, destacando que el ejercicio de este derecho debe ser "de buena fe" y en "tiempo oportuno".

Si se actúa de mala fe o en forma inoportuna, o sea, actuando en forma abusiva, la renuncia no opera. Lo relevante, como lo destaca JOSSERAND (*ob. cit.*, pág. 155), es la calificación del fin perseguido por el renunciante a la hora de ejercer este derecho.

En este sentido el art. 1935 del C.C. establece que el socio que renuncia de mala fe queda obligado a los daños y perjuicios que causare su separación.

Por su parte, en el art. 1933 del C.C. se establecía que la sociedad también puede expirar por la renuncia que haga uno de los socios de buena fe y en tiempo oportuno.

De todo lo expuesto se deduce una regulación del derecho a la renuncia, estableciéndose los límites claros dentro de los cuales éste



puede y debe ser ejercido, los que, de no respetarse, puede determinar que se incurra en ejercicio abusivo del derecho.

### G) Jurisprudencia

1. *La validez del pacto de receso está supeditada a que simultáneamente la convención determine cuándo puede ejercitarse el desistimiento y que ello no puede depender de la voluntad o del juicio del titular del derecho sino que debe estar condicionado a la existencia de presupuestos de hecho serios y exteriormente apreciables individualizados en el contrato de manera que el titular del derecho de receso no pueda desistir unilateralmente cuando quiera o se le ocurra sino cuando ocurre uno de los motivos de hecho que el contrato especifica. En consecuencia, incurre en responsabilidad por abuso del derecho de receso unilateral, cuando, como en el caso de autos, el arrendatario ejercita la facultad de desistir fuera del plazo establecido sin acreditar la circunstancia de hecho del traslado laboral pactado porque ya no usó de su derecho de forma legítima sino inspirado en propósitos ilegítimos, espurios, por ende debe responder por los daños y perjuicios ocasionados al arrendador que se vio privado de percibir la renta del inmueble objeto del arriendo por el resto del plazo del contrato que suscribieron, por lo que se condenará al demandado al pago en carácter indemnizatorio.*

**Juzgado Letrado de Primera Instancia de Colonia de 2do. Turno, sentencia 66 de 19.7. 1995, A.J.U., t. III, n° 72.**

~

2. *Gran parte de la jurisprudencia ha considerado que puede darse abuso en el ejercicio del derecho de receso que imponga al que incurre en él la obligación de indemnizar.*

*La admisibilidad del pacto en un negocio jurídico referente al receso unilateral se restringe técnicamente a determinadas hipótesis en las cuales la existencia del poder individual de extinguir extraordinariamente un vínculo obligacional no se contraponen a ninguna regla ni principio de derecho que integra y sobre el cual se constituye el régimen regulador de las relaciones civiles. Un ejemplo lo es el art. 1253 del C.C.*

*En cuando al receso unilateral en los contratos de adhesión, las partes pueden regular la forma en que se ejercitará el derecho si se entendió que surge responsabilidad por abuso de derecho de rescindir un contrato de concesión si no hay aviso o éste se acusa en forma intempestiva. No obstante, tratándose de un derecho potestativo, en principio no genera responsabilidad mientras no se configure el ejercicio abusivo de la facultad de rescindir.*

**Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3º Turno, sentencia 2 de 6.2.1995, A.J.U., t. III, n° 73.**

~

3. No se cuestiona que puede operar en el caso el receso unilateral del contrato que vinculó a las partes porque, en definitiva, si bien se pactó, se está ante un contrato de ejecución continuada, donde la rescisión es de principio. También es cierto que se dio el preaviso conforme a lo estipulado, lo que supone estar actuando de buena fe, con equidad, a fin de que la rescisión cause los menores perjuicios. Lo que se debe definir es si el contrato se rescindió o no en forma abusiva, como invoca la reclamante.

La rescisión abusiva ocurre cuando se actúa con dolo, con intención de dañar, se transgrede la moral, el orden público, o se actúa sin justa causa, casos en los cuales aún cuando la rescisión sea válida, ello no eximiría que se tengan que indemnizar los daños y perjuicios causados.

Ello no parece ser lo que estrictamente ocurrió en la relación entre las partes. En efecto, ambos contratantes convinieron de conformidad, y sin que se alegara la existencia de vicio alguno en el consentimiento otorgado, un plazo de 10 días para efectivizar el receso unilateral, por lo que no podía extrañar a ninguna de las partes que se hiciera uso de tal facultad conforme a lo estipulado.

Ambas empresas, en pie de igualdad, estipularon determinadas condiciones respecto a su relación contractual, que se deben respetar conforme a lo dispuesto en el art. 1291 del C.C.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 151 de 19.VII. 2006, A.D.C.U., t. XXXVII, c. 1.**

~

4. Sin duda, el derecho de receso –que beneficia a ambas partes contratantes– debe ejercerse lícitamente, encontrando como límite el abuso de derecho, principio recogido en el art. 1321 del C.C. y observando la buena fe que debe existir entre los contratantes (Bergstein, “Extinción del contrato y distribución”, pág. 26, A.D.C.U, t. XXVI, pág. 528; Merlinsky, *Modernas formas de distribución comercial*, pág. 36 y 37).

A juicio de la Corporación, la circunstancia de que el fabricante no hubiere alegado o probado justa causa no conduce de modo inexorable a calificar el ejercicio del derecho de receso como abusivo. El contrato de distribución, aun en situación en que el plazo estuviere indeterminado, puede ser extinguido lícitamente, ejercitando el derecho de receso unilateral sin que se encuentre supeditado a la necesaria expresión de justa causa.

De las circunstancias aportadas precedentemente se concluye sin esfuerzo que no se verificó intención de dañar o perjudicar al accionante, por lo que el ejercicio de la facultad contractual de receso unilateral no puede

calificarse como abusiva transgresora del principio general de la buena fe que preside la ejecución de los contratos (Art. 1291 del C.C.).

**Suprema Corte de Justicia, sentencia 84 de 22.IV.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 365.**

~

5. El ejercicio del derecho de receso, como cualquier derecho, no puede ejercerse con abuso de derecho o sin justa causa, habida cuenta que surgiría un desequilibrio negocial basado en la desigualdad de las partes, que debe ser categorizado como arbitrario por carecer de justificación racional, e igualmente ilegítimo, lo que determina su consecuente nulidad (Fernández Larrañaga, A.D.C.U., t. XXX, pág. 580).

En el caso el derecho de receso intentado por la accionada no puede entenderse soportado en justas causas por los efectos integrantes de la conducta desarrollada por el contratante que invoca tal derecho, desarrollado en sus relevados componentes, que permitieron consecuentes incumplimientos de su parte.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, sentencia 165, de 20.VI.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 366.**

~

6. En la relación contractual sin plazo determinado, debe admitirse que es esencial a la categoría de contratos que se prolongan en el tiempo que pueda ejercerse válidamente el receso unilateral; dicho derecho permite a cualquiera de las partes de un contrato de duración continuada sin plazo pactado o vigente, extinguir unilateralmente el vínculo obligacional por el ejercicio del consecuente derecho potestativo de origen legal o convencional en tanto las partes no pueden quedar ligadas a perpetuidad. Sostener que este derecho se ejerce en forma abusiva implica acreditar que fue ejercitado por la reclamada con culpa, dolo, ánimo de dañar, apartamiento de patrones de conducta socialmente aceptados, o frontal desacuerdo entre la finalidad de la conducta y la finalidad considerada normal o legítima en el derecho ejercido, con absoluta prescindencia del poderío económico de las empresas contratantes o ponderación de eventuales calidades de dominante y dominado, habida cuenta de que las partes celebran el negocio después de haber sopesado y estimado las ventajas y los inconvenientes propios de la relación (Cerisola Hernández, Anuario de Derecho Civil, t. 28 pág. 61).

Ahora bien, ¿cuál es el criterio a seguir para apreciar la eventual tipificación del abuso de derecho?.

Cómo se ha dicho es menester determinar si han mediado o no justas causas de extinción que justifiquen el desistimiento unilateral, por cuanto



tales causas descartan el abuso de derecho y excluyen, por consiguiente, la responsabilidad; sólo subsidiariamente, y en caso de que no mediaren justas causas de extinción, es pertinente ingresar al examen de la manera en que el desistimiento fue ejercido (esto es: si se otorgó un preaviso razonable, si el desistimiento se ejerció en tiempo oportuno, etc.), precisamente, cuando el preaviso es un elemento cuya ausencia no configura automáticamente abuso, ni siquiera en los casos en los que no han mediado justas causas (Cerisola Hernández ob. cit., pág. 713).

Para ello, no procede únicamente el examen individual de las causales de posible actuación como justificantes de la rescisión del contrato, sino la ponderación de si ellas, en su conjunto, aún cuando no hubiesen sido debidamente acreditadas, incidieron en la pérdida de confianza del concedente al concesionario, habida cuenta que, una respuesta afirmativa a este interrogante permite descartar la existencia de arbitrariedad o de abuso en el ejercicio de la facultad rescisoria.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, sentencia 142/99 A. D. Co, t. XI, c. 3.**

~

7. Sabido es que el desistimiento unilateral tiene como límite el abuso del derecho. Así, la doctrina (Gamarra, t. 14 pág. 241 y ss., Caumont, Anuario de Derecho Civil, t. XIX, pág. 220; BERGSTEIN, Anuario de Derecho Civil, t. 26, pág. 538; Merlinski, *Modernas formas*, pág. 36, Fernández Larrañaga, Anuario de Derecho Civil, t. XXX, pág. 571 y ss) entiende por abuso de derecho en estos casos cuando el derecho de receso es atribuido por el contrato siendo ilícito su pacto si se dejara librado su ejercicio al mero arbitrio del titular (Art. 1253 del C.C.), por lo que para evitarlo, debe el pacto precisar las circunstancias de hecho, serias, exteriormente apreciables e independientes de la voluntad del recedente, en que éste puede desistir del contrato.

Es compartible la tesis de Blengio (Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. 27 pág. 410) relativa a la regla de la arbitrariedad y la irracionalidad como patrón de juicio de relevancia de la desigualdad, medida conforme al Art. 8 de la Constitución la República, siendo el criterio el de la razonabilidad de los motivos, entendiéndose, en definitiva, que Tribunal puede controlar el ejercicio del derecho subjetivo tutelado que se cumpla la finalidad del derecho, su función normal, la tutela del interés general y si el ejercicio no responde a un interés legítimo, es abusivo e ilícito.

Igualmente, los miembros concurrentes coinciden en los fundamentos que expone a este respecto la Suprema Corte de Justicia (L.J.U., caso 14.814) cuando dice que se incurre en abuso de derecho y por tanto en ilicitud toda

vez que el derecho de no renovación del contrato es ejercido en violación al patrón general de conducta impuesto por la buena fe.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 87/04 de 19 de mayo de 2004; L.J.U., t. 132 caso 15.088**

~

8. Importa señalar que, más allá de las divergencias de opinión teórica, el receso unilateral está sustancialmente justificado en el caso concreto por la situación que le precedió que, en términos que reproduce la consulta del doctor Ordoqui, configura una circunstancia seria, objetiva, exteriormente apreciable y ajena al puro arbitrio de la parte.

En efecto, las reiteradas demoras de la actora en cumplir con la prestación a su cargo, su resistencia al verter puntualmente las sumas facturadas cobradas por publicidad, ha quedado reconocida y es la causa objetiva que deterioró progresivamente la relación contractual, en particular, la confianza de la demandada en la gestión de los ingresos que debían distribuirse entre ambas, justificando la rescisión.

En este contexto, no es admisible que se invoque mala fe a la demandada porque haya decidido rescindir el contrato. Por el contrario, debe entenderse que le asistía justa causa para prescindir de un contratante incumplidor y estando prevista la facultad de rescindir el contrato, su decisión no puede calificarse como abusiva sino que resulta legítima y ajustada a lo pactado. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia 193/03 del 23.VII.2003; L.J.U., tomo 130, caso 14.866.**

~

9. Partiendo de la premisa de que el contrato de autos era un contrato de ejecución continuada, rige el principio general que atribuye a cualquiera de las partes la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato en razón de considerar prevalente la protección de la libertad jurídica de los contratantes, de manera de impedir que permanezcan de por vida vinculados o ligados por el contrato (Ordoqui Castilla, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. III, vol. 1, pág. 79; Concepción Rodríguez Mariño, "El desistimiento unilateral como causa de la extinción del contrato", pág. 195; Messineo, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1980, t. II, pág. 421).

Y tal como lo señala Larrañaga Fernández, el derecho de receso, que se funda en el principio de la libertad, no puede tener un alcance irrestricto, que habilite al recedente a incurrir en arbitrariedad o irracionalidad. "La irracionalidad o arbitrariedad surgen cuando el recedente intenta ejercer un desistimiento unilateral fundado en su propia y única voluntad o juicio



irrestricto y arbitrario basado en su propia conveniencia, generando una discriminación o desequilibrio negocial carente de justificación adecuada (*Límites al receso unilateral*" A.D.C.U., t. 30 pág. 578).

En este sentido Bergstein (A.D.C.U., t. 26, pág. 538), Merlinsky (*Modernas formas de distribución comercial*, pág. 36 y 37) sostienen que el receso no puede ejercerse con abuso de derecho o abuso de la libertad contractual o violación del principio de la buena fe (Art. 1291 del C.C.). En el caso de autos, tal como lo entendió la sala, no se advierte que la emisora haya ejercido el receso con abuso de derecho, o de mala fe, o en forma arbitraria o irracional sino que, por el contrario, tratándose de un contrato de ejecución continuada y sin plazo resolutorio, en el que no se exigió exclusividad y en el cual los actores nada pagaron durante 13 meses por el espacio radial, el receso ejercido unilateralmente no puede ser tildado de arbitrario, irracional o abusivo. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 49/03 del 12 de marzo del 2003; L.J.U., t. 128 caso 14.724.**

10. Sabido es que el desistimiento unilateral tiene como límite el abuso de derecho. La Corporación, analizando una temática similar, en conceptos trasladables infolios expresó: "...Tal como lo señalan Larrañaga y Fernández, el derecho de receso, que se funda en el principio de la libertad, no puede tener un alcance irrestricto que habilite al recedente a incurrir en arbitrariedad o irracionalidad: la irracionalidad o arbitrariedad surge cuando el recedente intenta ejercer un desistimiento unilateral fundado en su propia arbitrariedad o juicio irrestricto o arbitrario, basado en su propia conveniencia, generando una discriminación donde se equilibra negociar carente de justificación adecuada (*"Límites, receso unilateral"*, A.D.C.U., t. XXX pág. 578). En este sentido Bergstein (A.D.C.U., t. XX, pág. 88 y ss.), Merlinsky (*Modernas formas de distribución comercial*, pág. 36 y 37) y vasta jurisprudencia citada por Larrañaga y Fernández (nota al pie de pág. 41 del trabajo citado), sostiene que el receso no puede ejercerse con abuso el derecho o abuso de la libertad contractual en violación al principio de la buena fe (Art. 1291 del C.C.)".

En el caso en análisis no se advierte que la cláusula 4ª pudiere calificarse como abusiva, vejatoria o transgresora de la buena fe contractual. No se trata de un contrato predispuerto o de adhesión ni se verifica una relación contractual que ligara una parte preeminente con otra débil a la cual deba conferirse tutela jurisdiccional.

**Suprema Corte de Justicia, sentencia 195/06 de 20 de noviembre de 2006, L.J.U., t. 136, c. 15.513.**



## 6. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO (LIBERTAD DE PRENSA)

### A) Derecho a la libre comunicación

GHERSI - WEINGARTEN (*Tratado de daños reparables*, Buenos Aires, 2008, t. II, pág. 377), entienden con razón que uno de los aspectos más destacados de una moderna democracia social radica casi de manera excluyente en la posibilidad de informar e informarse. **El derecho de informarse libremente forma parte de la misma persona y tiene distintas facetas al proyectarse en la libertad de prensa, el derecho-deber de información, entre otros aspectos.**

La importancia de este derecho está en que ha sido consagrado en la propia Constitución de la República, como ocurre en nuestro caso en su artículo 29. Cuando se alude a la libertad de prensa ello implica, además, referir a la TV, a la radiodifusión y a la expresión del pensamiento en el ámbito cibernético.

Una correcta información posibilita el ejercicio de derechos como consumidor y como ciudadano pues permite a la persona decidir por su libre arbitrio con conocimiento. La importancia de estos dos aspectos en la vida del ciudadano llevó a que el Estado debiera velar por la información completa, veraz y transparente. La Constitución, en el artículo 29, como ya señalamos, no tutela a los medios de comunicación en sí sino cuando son instrumentos de expresión del pensamiento en forma abierta, pública y no abusiva.

### B) Normativa supranacional

Al tema de la libre expresión del pensamiento alude el art. 19 de la Declaración de los Derechos Humanos al expresar: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el derecho a no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitaciones ni fronteras, por cualquier medio de expresión".

En el Pacto de San José de Costa Rica (Ley 15.737), en el Art. 13, bajo el título "Libertad de Pensamiento y de Expresión" se establece: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de a su elección".



2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fundadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías y medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y adolescencia, sin perjuicio establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En términos generales, corresponde señalar que la libertad de expresión no es absoluta pues debe ejercerse en el respeto de la moral y el orden público, no pudiéndose incitar a la violencia, al delito o a la discriminación. En esta normativa por cierto tan importante se regula el **derecho de respuesta en el artículo 14**, al señalarse bajo el título "Derecho a la rectificación o respuesta": "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiera incurrido.

Para la máxima protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o de televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fueros especiales".

Este derecho de expresión del pensamiento debe coexistir con el derecho de respeto a la intimidad, al honor, a la imagen, también expresados en convenios internacionales.



Así, por ejemplo, en el art. 11 lit. 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica, Ley 15.737, se establece que: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o en su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra".

**Toda esta nómina de derechos que son sustanciales en el estudio de nuestro tema, en cuanto universales están constitucionalizados en el Art. 72 de la Constitución de la República**

### C) Derecho-deber de información

FAYT (*La omnipotencia de la prensa*, Buenos Aires, 1994, pág. 45), considera que la información dada por medios escritos o audiovisuales es tan vasta y actual que la convierte en un elemento esencial de la civilización y una verdadera necesidad de naturaleza humana.

Como bien anotan LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS (*Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, Buenos Aires, 2005, pág. 211 y 219), **los medios de comunicación son importantes porque informan pero lo grave es cuando inducen formas de pensar, distorsionan hechos evidentes, presionan funcionarios, presentan como hechos lo que son opiniones, se crea sensacionalismo para ganar rating** La prensa tiene, en realidad, un deber de informar a los lectores y oyentes y éstos tienen el derecho a ser informados en forma veraz y objetiva, lo que se torna, a su vez, en un deber de quien informa.

La Constitución de la República protege la libertad de expresión de pensamiento y la circulación de la información. Ésta es considerada como un bien público y los ciudadanos tienen derecho acceder a ella.

**Existe el derecho de informar y el derecho a ser informado.** El consumidor tiene un derecho a la información que abarca el conocimiento de lo que lo rodea sin engaños o distorsiones. Ciertamente es que, como bien anota LORENZETTI (*Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, 1995, pág. 440) el derecho a la información es un presupuesto de la existencia de un estado de derecho democrático. La participación de los ciudadanos en el Estado depende de la información y sin participación no hay democracia ni estado de derecho. A su vez, este derecho de informar y de ser informado, conforma una parte esencial de la dignidad de la persona y en cuanto tal debe tutelarse.

**La transparencia informativa es importante no sólo desde el punto de vista político, social, o económico sino que también involucra la tutela de la dignidad de la persona.**

En la actualidad el tema adquiere características especiales pues, por un lado, se regula la libertad informar con mayor amplitud y,



por otro, se marcan límites internos y externos (éticos y jurídicos) en custodia de posibles afectados de excesos cada vez más corrientes en el ejercicio del denominado derecho de informar.

Se protege, además, al destinatario del mensaje, donde aparecen los consumidores de la información en términos generales, conformando titularidad en un interés difuso (al que refiere, por ejemplo, el Art. 42 del C.G.P.) merecedor de tutela.

El Estado deja de ser un espectador y debe actuar como garante de los intereses en juego en el ejercicio de este derecho que involucra la dignidad de la persona; la protección del derecho de los periodistas a su trabajo; el ejercicio de la libre empresa; el ejercicio del derecho a informar y del derecho a ser informado.

El objeto de la actividad informativa es la información que se concreta en la descripción de hechos, ideas y opiniones. Pero este objeto debe tener ciertas características esenciales como ser su veracidad; su transparencia; su objetividad; su exactitud, de lo que se deduce si la información fue correctamente dada o distorsionada con fines adversos, configurando hipótesis de ejercicio abusivo del derecho a la información.

**Una cosa es la información y otra la conducta que se asume o debe asumir en el momento en que se divulga hacia terceros.** La forma como se enuncia la noticia, aún incluso cuando se silencien datos que debieron darse y no se dieron, puede implicar una conducta subjetiva que debe calificarse en cada caso, pudiéndose incurrir en abusos. Si no existe una correcta adecuación entre la información y lo informado, se actúa en forma ilícita o abusiva según los casos.

Lo interesante en todo caso va a estar en que con el ejercicio del derecho a informar se puede entrar en colisión con otros derechos subjetivos que involucran a la dignidad misma de la persona, como son el derecho al honor, el derecho de intimidad, a la actividad privada, a la imagen. El gran tema pasa a ser entonces, en qué medida y hasta qué punto, con el derecho a la información, es posible entrar en la esfera privada o bien determinar si esa entrada o intromisión fue justificada o abusiva, con las consecuencias resarcitorias correspondientes.

#### **D) El consumidor de la información periodística y la "industria del escándalo"**

En la época actual la información en esencia puede y debe ser considerada como una mercadería ofertada a los consumidores, y su



instrumentación económica en ocasiones determina que la calidad y transparencia de lo que se difunde no sea lo buena que es de esperar en atención a la relevancia que la misma tiene para el desarrollo cultural y social de los ciudadanos. Los daños que se causan con la "mala prensa" pronto determinaron el surgimiento de derechos en los afectados, como el derecho a la información, presentado ya como derecho esencial de la persona.

El poder que ejercen los medios, tanto en aspectos económicos como políticos, ha determinado mayor sensibilidad a la hora de identificar los daños como surge en el caso particular del ejercicio abusivo de estos derechos en atención a los daños que se pueden causar frente a quienes operan como sujetos pasivos y de buena fe como captores de lo que se les informa.

**En la actualidad debemos pensar en la figura del consumidor a partir de la entrada en vigencia de la ley 17.250 que regula la relación de consumo y con relación al cual la información es un producto o un servicio que se consume,** que debe regularse también en torno a las pautas que surgen de esta normativa que, entre otros aspectos, refiere a cómo debe ser, con relación al consumidor, la información y la publicidad que se le brinda, sea con relación a productos o servicios. La información, en términos generales, sea de productos económicos o noticias políticas, sociales o económicas, es también en sí misma considerada un producto que se ofrece al consumidor y que éste consume como tal, ingresando en su acervo personal la nómina de conocimientos y datos que por su intermedio se transmiten. Ciertamente es que hoy vivimos en una **sociedad denominada mediática**, donde los medios de comunicación (T.V., cine, radio, Internet...) tienen una influencia decisiva en la vida de los consumidores y de las comunidades humanas, a tal punto que la han llegado a modificar hasta en su forma de pensar, en sus costumbres, en su forma de vivir y en lo que se consume.

A esto se debe agregar algo que bien destaca ANCAROLA ("La buena fe y los medios masivos de comunicación" en *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 149) cuando dice que en ciertos países, por error, se confiere a los periodistas una especie de protección pues se tiene un sentimiento inocultable, que a veces raya en la soberbia, que considera al periodista exento de responsabilidad, sobreprotegiéndolo aún cuando se equivoca, lo que es un grave error.

La globalización ha sido determinada en parte por los medios de comunicación y la fuerte concentración de capitales que se mueve detrás de ellos.



Existe un verdadero abuso en el uso de los medios técnicos (TV) cuando, en definitiva, se termina por "lavar cerebros" a los miembros de la comunidad en tales o cuales temas, que no hacen más que pensar por lo que se les impone por la retina.

No está en cuestión aquí la necesidad de una prensa libre como fundamento del sistema democrático. No hay sociedad libre ni estado de derecho, sin prensa libre.

Estamos ante una libertad necesaria para ejercer otras libertades pero, a través de este instrumento, cuando se empieza a manipular con fines de control y de determinación de consumos o imposición sólo de ciertas ideas (las de los que poseen los medios o las de los que les pagan a éstos), comienzan los grandes daños que es preciso denunciar. Lo grave se da cuando en este ámbito entran en juego la lesión de los derechos personalísimos y se afecta la dignidad, la tranquilidad, la honra, la privacidad de las personas.

En ocasiones, la prensa en el marco democrático ópera como medio de contralor de los abusos en el ejercicio de los poderes del gobierno, aún en regímenes democráticos.

En una época se le consideró le "cuarto poder" en atención al grado de incidencia en la sociedad, máxime en los casos en que los medios de comunicación responden a grupos económicos "planetarios", globales mundialmente, en ocasiones con más poder que el propio Estado.

Los denominados "amos del mundo" que controlan los medios, usan la prensa como medio de adoctrinamiento o para imponer ideas políticas o de consumo. Ciertamente es que los medios masivos de comunicación entre sí tienden cada vez más a agruparse e integrarse en verdaderos polos de fortaleza y poder económico y político. Esto supone graves problemas que no es el momento de analizar.

Tomando como base expresiones que surgen de los propios medios de comunicación tenemos que el diario "El Observador" del día 12 de mayo de 1994, precisamente bajo el título "**El periodismo sensacionalista**", denuncia los grandes perjuicios que está causando este tipo de prensa en nuestro medio, abiertamente jugada a manifestar sus ideas y prejuicios, no en el terreno de las ideas sino en el de las calumnias mal intencionadas.

Siendo el rating lo que marca el éxito, no importa muchas veces el nivel de lo que se publica, difunde o saca al aire.

En realidad, el rating no es indicador de la calidad del programa sino del valor de la publicidad que en él se comercializa en atención



a la captación del público que con él se puede lograr. Las técnicas de captación pueden ser muy variadas, y por cierto dentro de éstas no aparecen los programas culturales determinantes de un buen rating.

Así, inventar noticias, sacar frases de contexto, recortar grabaciones, burlarse de las personas, presentar debates preparados, fomentar el morbo generando programas o artículos "chatarra" se ha vuelto un buen negocio explotado por inescrupulosos que se burlan de un sistema jurídico pasivo o sin controles efectivos en muchos casos.

Este juego sucio del que somos testigos a diario los uruguayos, lesiona derechos sustanciales como el honor, la privacidad o el derecho a ser informado. Además, se lesiona a la misma prensa cuando ésta trata de ser sana, leal en su competencia y libre.

Este es un dilema que conmueve a todas las sociedades civiles, libres, divididas entre las necesidades de garantizar a todos por igual la libertad de expresar opinión, al tiempo que deben definir cómo lidiar con aquellos que utilizan esa libertad para acumular inventivas y urdir patrañas a la espera de que alguien reaccione, abriéndoles la posibilidad de acceder a la publicidad gratuita o a la tan anhelada notoriedad.

Continúa este medio periodístico señalando que de esta tiranía inescrupulosa deben también defenderse las sociedades libres, so pena de caer prisioneras del poder esgrimido por este tipo de personajes y procedimientos.

Es en este sentido que la justicia debe amparar en forma expedita y eficaz el derecho a la propia honra, que una mentira sistemáticamente presentada puede lesionar sin remedio. Por lo pronto los estrados judiciales deben negarse a servir de tribuna para que esta prensa alimente sus ansias de notoriedad. Un proceso ágil y sumario debe sustituir a los inagotables discursos con los que algunos medios intentan confundir a las audiencias judiciales.

La propia prensa está reclamando en este tema mayor severidad y firmeza por parte de los juristas y del sistema judicial para, un efectivo control de los derechos a la honra y a la imagen de los ciudadanos.

Es de señalar, por último, que si bien la sentencia comentada responde a un asunto penal relativo al "delito de Comunicación (Difamación)", nuestro análisis lo concentraremos en la ponderación de todos aquellos elementos que igualmente pueden tener relevancia civil en lo que configura el "ejercicio abusivo de la libertad de prensa o derecho de información".

Cierto es que, como bien anotan GHERSI - WEINGARTEN (*ob. cit.*, pág. 353), la construcción mediática de la realidad es efectuada por los medios desde su propia posicionamiento dominante dentro de la sociedad, que difunden su visión subjetiva del mundo, parcializada, limitada, que se corresponde a la visión interesada de los grupos económicos a los que pertenecen o por los que son controlados o contratados dichos medios.

#### **E) Alcance de la garantía constitucional de la libertad de prensa e información**

La posibilidad de expresar libremente el pensamiento sin censura previa es de la esencia del Estado de Derecho y conforma un aspecto de la propia dignidad de la persona. Desde un punto de vista objetivo, como bien anota PIZARRO (*Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires 1991 pág. 77), abarca ideas, opiniones, hechos, noticias, informaciones y desde el punto de vista instrumental alude tanto a la prensa oral, escrita, difundida por radio, TV, periódicos cable, etc.

Se está ante un derecho o valor con que cuentan todos los habitantes del país, dependiendo de las posibilidades de cada uno, valer-se de los medios de opinión que estén a su alcance.

Respecto de su **ámbito de aplicación**, debemos tener en cuenta que refiere al que da la noticia y al protagonista de ésta pues a éste se le debe asegurar el derecho de respuesta, accediendo al medio que puede llegar a involucrarlo o afectarlo injustamente.

La prohibición de censura previa del Art. 29 de la Constitución no refiere sólo al hecho de que no se debe ejercitar controles previos a la emisión de la noticia sino que tampoco se debe obstaculizar la actividad tendiente al desarrollar los medios; por ejemplo, para instalar una imprenta no se deben establecer trabas injustificadas de todo aquello que implique límites en la expresión de las ideas de cada uno.

**No es un derecho absoluto sino, como la propia Constitución lo dice, no se puede prestar para abusos.** Sin censura previa no quiere decir que el periodista pueda decir lo que se le ocurra sin responsabilidades. Por el contrario, el criterio de la Constitución es realzar tanto la libertad de prensa como sus límites por abuso, refiriendo a este último en forma expresa, lo que por cierto no ocurrió cuando se regularon otros derechos. La Constitución no reconoce, en términos generales, derechos absolutos pues todos exigen en su ejecución ra-





cionalidad y solidaridad. No es la libertad de prensa o el derecho a la información una excepción a este criterio.

En un orden secuencial, en la libertad de prensa está incluida la libertad de pensamiento, la libertad de expresión; se desarrollan a través de los derechos a informar y el derecho a ser informado. Una cosa es que se tutele la libertad de pensar y otra cosa es que se tutele el derecho a informar, pues aquí se exigen otros límites, como el del respeto a la verdad, a la objetividad.

**La información debe referir al enunciado de hechos tal como son. Las ideas pueden discutirse pero no son falsas sino diferentes.** La información, si se aparta de la realidad, es falsa, errónea y abusiva y puede tener consecuencias resarcitorias importantes, incluso penales. Ciertamente es que cuando se ejerce la libertad de prensa o la libertad de expresión del pensamiento a través de medios como la televisión, los periódicos, etc., se actúa como empresario, en consecuencia se ejerce, además, la libertad de comercio o económica (Art. 36 de la Constitución).

Estas empresas tienen, como las personas, derecho a acceder a la información, que ésta sea veraz, y tienen el deber de brindarla de igual forma.

Estamos de acuerdo que conforme al orden jurídico vigente, todos tienen el derecho de expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, por escrito, por imágenes, y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información están garantizadas.

El aspecto neurálgico del tema a desarrollar pasa por saber si esta libertad, que sin lugar a dudas refiere a la expresión de las opiniones, abarca también las informaciones fácticas, y el aspecto central se ubica en determinar si en lo que refiere a la información propiamente tal, la garantía constitucional cobija solamente la información verdadera o también la inexacta o falsa. Este es un problema muy discutido en el que hay que tomar una decisión.

A primera vista parece curioso, inclusive absurdo, que se quiera conceder una protección de alto rango constitucional a los medios de comunicación cuando éstos no informan sino desinforman. La razón por la cual se quiere extender a tales ámbitos la garantía constitucional reside en la gran dificultad para determinar si una información es verdadera o falsa. Se dice que el periodista de un diario trabaja contra reloj, y no tiene en los hechos la posibilidad de confirmar todas las informaciones que llegan a su escritorio. En estos casos se comenta,

en favor de la protección constitucional de la información falsa, que de no incluirla se crearía una incertidumbre con respecto al ámbito de la libertad de prensa que, en el caso concreto, podría persistir bastante tiempo. Sin embargo hay que tener en cuenta la finalidad de la garantía constitucional de la libertad de prensa: su objetivo es proteger la información y no la desinformación.

**Pensamos que la libertad de pensamiento, o la libertad de prensa, analizan el tema desde la óptica del que lo expresa; y el derecho a la información encara el problema desde la óptica del que recibe lo expresado.** El primer caso se presenta básicamente como un derecho individual; el segundo como un derecho social.

FERNÁNDEZ Y MIRANDA (*Libertad de Expresión y Derecho a la Información*, Madrid, 1984), entienden que esta distinción implica el derecho a la realidad y a conocer los hechos tal como son, al margen de lo que pueden ser opiniones o apreciaciones subjetivas. La libertad de opinión y de expresión de pensamiento aparecen íntimamente ligadas al pluralismo político, que es la base de todo estado democrático y de toda sociedad libre. En el derecho y deber de informar y ser informado, no importan las ideas ni la comunicación de las opiniones, sino que el ciudadano acceda a la veracidad de los hechos tal cual son u ocurrieron. La profesionalidad se obtiene en la búsqueda y comunicación objetiva y veraz de la información.

Otro aspecto no menos interesante se plantea a partir del momento en que tomamos conciencia de que, en definitiva, **en la denominada libertad de prensa o derecho a la información lo que se desarrolla propiamente es la libertad industrial o económica**, pues el fin que se persigue en la mayoría de estos emprendimientos siempre es sustancialmente económico. Hoy los grandes grupos económicos concentran los medios de prensa, precisamente porque son un negocio, tanto por la venta de publicidad como por la utilización del medio para imponer una determinada corriente política o de pensamiento. Nos preguntamos entonces si en definitiva, con la tutela de la libertad de prensa, veladamente no se está tutelando o queriendo proteger un desarrollo comercial o industrial. De ser así el cuadro de valores dentro del que tenemos que movernos en la dilucidación de este problema, por cierto complejos, cambia sustancialmente, pues si lo que se está protegiendo es la libertad de comercio es una cosa, mientras que si realmente se está protegiendo la libertad de prensa, la realidad es muy diferente.

Pronto advertiremos que el verdadero dilema aparece en el punto donde aparentemente entrarían en colisión el ejercicio de dos de-



rechos inherentes a la persona, tal como son la libertad de expresión del pensamiento y el derecho al honor, a la imagen, a la dignidad. En el ejercicio de la libertad de expresión del pensamiento, puede llegarse en muchos casos a lesionar esa honra, entonces el problema pasa a ser dónde comienza la protección de un derecho y dónde termina la tutela del otro. Este es, por cierto, el punto neurálgico a dilucidar.

#### F) **Conflicto entre derechos constitucionales: límites al derecho de información**

El encuentro del ejercicio del derecho de informar y el ejercicio de derechos que integran la tutela de la dignidad de la misma persona en su integralidad, abarcando su honor, su privacidad, su imagen, es un tema particularmente trascendente desde el punto de vista práctico pues, a la hora en que se encuentran, es necesario tomar decisiones difíciles que llevan a priorizar un interés sobre el otro y cuando esto sucede debe plantearse con claros fundamentos y criterios firmes en atención a la gran trascendencia de los valores en juego en uno y otro caso.

Es la misma Constitución la que reconoce y garante los derechos esenciales de la persona y la libertad de prensa y el derecho a la información. La coexistencia y la relatividad de estos derechos permite en cada caso analizar si fueron respetados los límites dentro de los cuales podía y debía ser ejercido cada derecho.

La difícil labor de armonización es la que puede llevar a determinar que ciertos derechos se ejerzan en forma irregular y que por tanto se incurra en abuso.

RISSE FERRAND ("Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002 pág. 277), **en criterio que se comparte, destaca la importancia de la libertad de prensa en países democráticos, pues opera como herramienta de control a los gobernantes; como instrumento de expresión libre de las ideas en sistemas democráticos.** Pero este derecho a informar debe coexistir con otros derechos de igual trascendencia, como el derecho a la intimidad, al honor, a la imagen, y es aquí donde entramos en zona de posibles conflictos de intereses y consecuencias de abusos e ilicitudes. La cuestión de límites en el ejercicio de derechos no se puede resolver en forma abstracta y formal sino que se debe analizar cada caso concreto. Si bien todos los derechos constitucionales son iguales por su reconocimiento en la Carta Magna, podemos preguntarnos si existen ciertos derechos más importantes que otros. Así,



podemos considerar que deben priorizarse, por ejemplo, todos los derechos que refieren a la dignidad de la persona frente a derechos que puedan involucrar, por ejemplo, intereses patrimoniales.

Ante el enfrentamiento de derechos constitucionales se plantea el tema, por cierto delicado, de marcar prioridades, jerarquías, de forma de resolver si se prioriza, por ejemplo, el derecho de informar o los derechos personales como el honor, la intimidad. Las soluciones propuestas pasaron por ordenar los derechos personalísimos, calificándolos en aquellos que son de primera generación (derechos sociales), los de segunda generación (derechos políticos), y a partir de aquí se hacen diversas propuestas, sosteniendo que a veces es más importante lo social que lo individual o lo personal. En realidad se olvida que en realidad lo individual es también social y que lo social debe respetar lo individual. O sea, este criterio de determinación de lo que puede ser más importante no conduce a resultados correctos.

**No parece acertado jerarquizar estos derechos pues son todos constitucionales.** La norma constitucional no otorga sino que reconoce derechos naturales inherentes a la persona y si son naturales, son coordinables sin contradicción. Si la información no es veraz, no hay conflicto pues no hay información y deja de ser un derecho natural. Lo que daña injustamente carece de respaldo en el ámbito de los derechos naturales o personales. Un derecho no puede fagocitar o anular a otro cuando son ambos de la misma naturaleza y tienen el mismo fin que es reputar a la dignidad de la persona. No hay oposición ni jerarquías o imposiciones sino coordinación necesaria por la naturaleza de estos mismos derechos y llegada la hora de priorizar uno sobre otro, lo que ocurrirá, en definitiva, no es que se estarán priorizando sino que tenía vigencia uno y no el otro. El que no la tiene habrá estado mal ejercido perdiendo el carácter de tal para el caso concreto. Frente al ejercicio de la libertad de prensa, como bien anota PIZARRO (*ob. cit.*, pág. 42), cada vez que se lesiona un derecho personal se debe entender que hay ilicitud o abuso, salvo que medie causa de justificación.

En el análisis de nuestro tema es necesario partir de una calificación de cómo es el mensaje para luego establecer las coordenadas dentro de las cuales puede llegar a existir abuso o responsabilidad.

No es lo mismo si alguien da una noticia que una "opinión". No es lo mismo aquello que parte del interior del periodista (ideas, pensamientos, emociones, opiniones), que lo que es externo a él (acontecimientos, fenómenos, hechos ocurridos), que es lo que se denomina



“**noticia**”. Esta parte de la descripción de una realidad y debe llegar lo más fielmente posible al destinatario, sin distorsiones, pues aquí rige la exigencia de veracidad. Se ha dicho que, en realidad, la noticia falsa no existe pues de ser así no es noticia dado que le falta algo esencial a ella que es la veracidad.

Si en lugar de dar noticias se emiten opiniones, aquí la veracidad no incide, o no hace a la esencia de lo dicho, siempre que se presente claramente como opinión. Lo importante es no confundir al destinatario y pasar por noticia lo que es en realidad una opinión. Partiendo de la distinción que efectuaríamos entre libertad de expresión del pensamiento o libertad de prensa, a través de la cual cada uno puede dar a conocer sus opiniones sobre los hechos y lo que es la libertad o derecho de informar y de estar informado, en el entendido de que en este caso hay un límite que es el de la veracidad con que debe ejercerse este derecho, podemos sostener que perfectamente pueden deslindarse dos límites: uno interno y otro externo. El interno está marcado por la veracidad que se debe en la información, los buenos motivos en que se inspira y los fines que la justifican. Los límites externos refieren al respeto por el honor, la intimidad y la imagen de la persona.

a) *Límites internos. Derecho a la información veraz*<sup>37</sup>

El derecho de expresar el pensamiento en forma libre está regulado o limitado a que con ello no se incurra en extralimitación. La norma tiende a que sea armonizada esta libertad con los restantes derechos y libertades también de orden constitucional, inherentes a la persona, como son su derecho al honor, a la intimidad, al buen nombre, a la imagen, etc.

El Art. 29 de la Constitución consagra la libertad de información pero **limitada a que no se abuse de ella**. Los abusos comienzan cuando con la información se transgreden límites internos lo que supone alterar la veracidad de los hechos o actuar en forma tendenciosa, afectando derechos esenciales de las personas, como el honor, la intimidad etc. CASSINELLI (“Derecho a la información, derecho al honor y la Constitución de la república”, *Revista de Derecho*, N° 1, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2002, pág. 76) destaca que si bien el artículo 29 de la Constitución señala que es enteramente

37 El Papa León XIII (en su pastoral *Communio et Progressio*, n° 17) afirmó: “que nadie se atreva a afirmar lo falso ni contradecir lo verdadero pues es necesario que toda comunicación se ajuste a la ley primordial de la sinceridad, la honradez y la verdad. Los informadores deben esforzarse en ser fieles a la verdad al difundir las noticias”.

libre la libertad de informar, inmediatamente la norma destaca que dicha libertad de comunicación de pensamiento puede comprometer la responsabilidad si se ejerce abusivamente. **De forma que la Constitución no consagra un superderecho, no limitable por otros derechos sino que consagra un derecho sujeto a responsabilidad por abuso.**

Decir "responsabilidad por abuso" implica claramente que hay limitaciones en esa libertad. El abuso consiste en traspasar esas limitaciones y entrar en un comportamiento ilícito aunque, aparentemente, fuera en ejercicio de esa libertad.

Exigir la veracidad no es limitar la información pues es parte de la esencia misma de la información el ser veraz. Si ello no es así, lo que se da no es información sino desinformación y sobre esto no existen derechos de tutela sino deberes transgredidos.

El límite al derecho de informar desde el punto de vista interno está en **decir la verdad y no agraviar**. Lo que debe ser veraz y objetivo no es la noticia sino la conducta del informador que la da. **Veracidad supone actuar de buena fe**. No hay libertad de prensa sin responsabilidad de prensa y ésta es responsable de decir la verdad, actuando de buena fe. Con relación a la información se exige un elemento objetivo, la verdad y otro subjetivo, que refiere a la actitud del informador hacia la verdad y que refiere a su proceder honesto para acceder a ella y brindarla con corrección y objetividad. Una información es objetiva cuando es descriptiva de lo que existe y de lo que se vio. No puede ser tendenciosa, desfigurada o mostrar sólo lo que interesa y no lo que no interesa.

Si bien en términos generales puede decirse que nada es objetivo pues siempre depende de la intención o gusto del sujeto, aquí lo que interesa es **la voluntad de ser objetivo** cuando se dan datos que se presentan como información.

La objetividad y veracidad no son cualidades de la información sino del sujeto que la procesa. La información, como bien destacan ZANONNI - PÍSCARO (*Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, 1994 pág. 36) se convierte en noticia y se comercializa como producto económico sometido a las leyes del mercado y es entonces que la información-noticia, como producto de consumo tiene que ser veraz, completa, oportuna (Art. 6 de la Ley 17.250). Una empresa que vende información tiene que servir a dos clientes diferentes: al lector y al anunciante que paga por dar a conocer sus productos. La rentabilidad depende de la popularidad y posibilidad de captar inte-

resados. Hay noticias que son de impacto y otras que no lo son. Hay formas de dar la noticia que causan impacto y otras que no. Para vender el producto (noticia) se puede actuar de distintas maneras e incluso se puede manipular, distorsionar la información, de manera que cause impacto lo que no debiera causar, con el único fin de lograr rating. Ello, en definitiva, es lo que marca el precio del espacio de la publicidad. Desde nuestro punto de vista, la obligación de informar no es una obligación de medios sino de resultados en el sentido de que no alcanza con hacer los mejores esfuerzos para lograr la objetividad, exactitud o veracidad sino que esto debe hacerse así y si no, no debe actuarse en la información.

**Si existen errores, para que no quede comprometida la responsabilidad los mismos deben justificarse.** Si se usan intermediarios en la información se deben usar fuentes confiables y si no, se debe responder por ellos (Art. 1555 del C.C.), como auxiliares en el comercio.

**Si no es posible controlar la veracidad de lo que se dice e igual se difunde, se deben asumir los riesgos de utilización de información no confirmada.**

No podemos hacer caer sobre las personas los riesgos de lo que se informa pues estos riesgos debe asumirlos aquél que lucra con la información.

La doctrina coincide en afirmar que la veracidad constituye un límite interno en el ejercicio de la libertad de información, es decir, no cabe incluir en el supuestos cuyo contenido no sea veraz. Se entiende que la referencia a la información alude a hechos, a ideas, a realidades, y su enunciado debe ser objetivo. O sea, debe transmitirse la realidad tal cual es, sin distorsión. Entendemos que la objetividad y la veracidad de la información no son fines en sí mismos, pues, en ciertas ocasiones, el periodista deberá presentar la realidad de forma que no cause daño. La información que se da, o la forma en que se presenta, no debe dañar los sentimientos o el afecto de la persona.

En realidad, debemos reconocer que no es sencillo marcar qué es o no veraz, pues la verdad se presenta sólo excepcionalmente como algo absoluto. La verdad refiere al respeto debido a los hechos en cuanto a acto real de objetividad, evidente o empíricamente constatable.

Con acierto se ha señalado que en el tema una "regla de oro" señala el derecho a la información debe protegerse en la medida que lo informado sea veraz, tenga buenos motivos y fines justificables.

La comunidad tiene derecho a ser informada, y a que esta información sea veraz, no deformada ni retaceada.

No existe una verdad periodística distinta de la verdad real. Admitir lo contrario importa reconocer implícitamente que el periodista, por la existencia de múltiples versiones sobre el mismo hecho, puede informar lo que le plazca, como le plazca, o como crea conveniente para la empresa, el público o la ideología a la que sirve o pueda servir. **La información para ser lícita, y obtener la protección del orden jurídico, debe ser veraz y responder a buenos motivos y fines justificables.** Si con la noticia no se busca realmente informar, sino desfigurarla imagen de una persona, incrementar el descontento social, trastocar los valores esenciales de la comunidad o de la familia, afectar la salud, la moral, las buenas costumbres, lo emitido no constituye un ejercicio del derecho de información, sino un daño injusto que amerita la pretensión resarcitoria. Se suele decir que la veracidad es un límite a la información. Ello, a ciencia exacta, no es preciso, pues una información no veraz o falsa, no debe calificarse como tal. Cuando se enfrenta el derecho al honor, o a la imagen o a la intimidad, con el derecho a la información, no hay imposición ni superposición sino coexistencia. Así, si el derecho a la información ataca a alguno de los derechos de la personalidad, se está autodestruyendo como derecho y no existe en cuanto tal. Por la misma razón que el libertinaje no es libertad, sino una conducta indebida; el ejercicio abusivo del derecho de información, no es en realidad derecho de información sino una conducta ilícita.

SORIA (*Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981, pág. 36) sostuvo que **la información de hechos no verdaderos o falsos no es información propiamente tal.** O sea, no se concibe referir el ejercicio del derecho a la información al margen de la veracidad.

Conocer la verdad objetiva es la finalidad básica del derecho a recibir información, correlativo del derecho de informar. Cuando en el ejercicio de la denominada libertad de prensa o en el ejercicio del derecho a informar existe un apartamiento de la verdad de los hechos; o se crea una noticia sobre la base de lesionar la honra, la intimidad o la imagen de la persona; o bien cuando se afectan los valores esenciales de la familia; se lesionan aspectos culturales o institucionales de una sociedad y debe actuarse con todo el rigor de la ley para que estos daños sean resarcidos. La tolerancia o complacencia termina por crear el germen de destrucción del propio núcleo de una libertad esencial como es la de la expresión del pensamiento. Para fortalecer



esta libertad es preciso eliminar toda forma de libertinaje que con su ejercicio se pretenda.

Con acierto se ha comenzado a hablar de “derechos contra la información”, partiendo de la base de que son cada vez más frecuentes los casos en que con la información o desinformación se causa daño a la comunidad. Aquí cabe entonces la aplicación del artículo 42 del C.G.P. que refiere específicamente a la tutela de los intereses difusos.

En concreto, como se recordará, esta norma señala: “en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales e históricos, y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente el Ministerio Público, cualquier interesado y las Instituciones o asociaciones de interés social que según la Ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

A través precisamente de los medios de comunicación es que se pueden estar afectando seriamente estos valores culturales y familiares, y desgraciadamente se advierte que en muchos casos no existe preocupación por ellos, aun cuando existen instrumentos jurídicos suficientemente aptos como para poder salir al cruce. O sea, cuando vemos que se está lesionando por los medios de comunicación los valores culturales o familiares, más allá del daño individual que se nos pueda causar, nuestro derecho permite actuar, invocando precisamente la norma antes aludida, porque se está causando daño a la colectividad.

Por último, corresponde recordar, como bien lo hace LÓPEZ HERRERA (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2006, pág. 770) que la verdad no exime de responder. El hecho ilícito está no sólo en publicar falsedades sino en difundir verdades que no tienen porqué ser difundidas. Por ejemplo: publicar la enfermedad de una persona; casos en que se difunde información captada en forma oculta (por el uso de cámaras ocultas) y se termina burlando de la persona

Con la verdad se puede lesionar la intimidad y causar daños injustos resarcibles. El autor antes citado (pág. 764) considera que existen cuatro formas de intrusión a la intimidad: a) apropiación ilegal del nombre o imagen de la víctima; b) intrusión irrazonable; c) revelación pública de hechos privados; y d) falsa luz en el ojo del público,

o sea, presentar a la víctima al público de manera burlona, ofensiva a criterio de una persona razonable.

*b) Límites externos. Respeto de los derechos personalísimos*

Sin duda el aspecto del tema que marca su mayor trascendencia está en lo que refiere a que el ejercicio del derecho de expresión de pensamiento o del derecho de información no puede afectar injustamente a la dignidad de la persona como valor superior, debiendo respetarse sus derechos personalísimos esenciales.

Conscientes de que el derecho a la información debe necesariamente **coexistir con los derechos personales**; los derechos a la seguridad interna; el derecho a la integridad familiar, se plantea el tema de cómo es posible esta coexistencia, o cómo se logra el equilibrio debido entre los derechos personalísimos y el derecho a la expresión y a la difusión del pensamiento.

No se comparte aquí la idea de que el ejercicio del derecho a la información o la libertad de prensa supone un **interés general** que puede imponerse por sobre el interés de los particulares, como ha entendido algún Tribunal de Apelaciones en lo Penal en criterios que, como viéramos, la Suprema Corte ha fustigado duramente en la sentencia comentada.

Por otra parte, este enfoque en realidad no resuelve el problema, pues debe determinarse en cada caso dónde está en realidad el interés público: si del lado del ejercicio del derecho a la información o del de la tutela de los derechos individuales o personales. Otros han calificado los derechos de la personalidad en absolutos y relativos. Los primeros no admiten ser desconocidos bajo ninguna circunstancia, en cambio los segundos sí. Se ubicarían en la primera categoría el derecho a la vida, a la integridad física; en la segunda, el derecho a la imagen, al honor.

Este criterio tampoco es compartido, entendiendo que, en definitiva, los derechos de la personalidad son inherentes a su ser, naturales, y no es posible categorizarlos en primer y segundo rango. JOSÉ MARÍA DESANTES, en una magnífica conferencia que pronunciara recientemente en nuestro país, organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Monte Faro al conmemorarse el 75º Aniversario del Diario El País, sostuvo que los derechos personales no los concede la ley, no los concede ninguna Declaración Universal, ni ningún tratado internacional, sino que simplemente los reconocen. Todos los derechos inherentes a la persona son naturales, y, en consecuencia,



coordinables y coexistentes perfectamente entre sí. El ordenamiento jurídico debe ser congruente. Puede pensarse que existen incongruencia y contradicciones entre normas legislativas, y aun dentro de la misma ley, pero no dentro de la naturaleza humana. Con singular acierto este jurista señala que no hay poder externo que pueda limitar un derecho inherente a la naturaleza humana.

**En nuestra opinión, los derechos fundamentales entre sí no se contradicen ni se excluyen sino que en todo caso deben coordinarse o armonizarse entre sí por ser naturales al hombre.** En principio puede parecer que se priorice un derecho sobre otro, pero, como señala DESANTES (ob. cit.) estos derechos en cuanto naturales no se oponen entre sí sino que operan de consuno, en orden a la perfección existencial de la persona humana.

Como bien sostiene VÁZQUEZ FERREIRA ("Responsabilidad por difusión de noticias falsas o inexactas", obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires 1995, pág. 65) en los casos en que concurren los derechos fundamentales no se anulan uno al otro sino que uno se destaca respecto del otro.

### **G) Coexistencia del derecho de informar y los derechos personalísimos (intimidad, honor, imagen)**

#### *a) Presentación del tema*

El interés general que está en juego cuando se enuncian las noticias no refiere al interés del mediocre a quien sólo interesa curiosear y participar del espectáculo crítico sensacionalista y banal. Lo que se considera de interés general es lo que razonablemente le puede y debe interesar a las personas, es el conocimiento de noticias ciertas y objetivas. El derecho a la información debe cumplir una función social y por tanto debe coexistir con otros derechos también constitucionales, de carácter personalísimo, como es el caso del honor, la intimidad o la privacidad.

Cuando se predica que el derecho a la información está en la base de la vida moderna, que un hombre desinformado está en inferioridad de condiciones, como bien señala MOSSET ITURRASPE ("La intimidad frente al derecho. Su problemática", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006/2, pág. 33), no se piensa en la "información sobre personas", en los aspectos reservados a su intimidad. Es innegable que la intimidad no es absoluta, que tiene límites y que exagerada plantea un verdadero abuso. Recordemos que "no se vive", se convive. Y que la convivencia o vida con los demás es siempre comuni-

cación, la vida de relación, intercambio de planes y proyectos. Una intimidad de anacoreta es, llevada a otra persona, antisocial. De donde, los jueces deben estar atentos a la sola invocación interesada con fines de lucro o enriquecimiento. Pero, analizado este fenómeno desde otro punto de vista, cierto es que también se lucra con las intromisiones arbitrarias en la privacidad de las personas, con el único fin de causar noticia, marcar rating y con ello vender mejores espacios. Entre estos dos polos de opinión y realidades es que debemos canalizar el desarrollo de límites precisos para identificar, en la eventualidad, la existencia de abusos.

*b) Coexistencia del derecho-deber de informar y el derecho a la intimidad*

El derecho a la intimidad es un derecho personalísimo concedido a la persona sobre las distintas actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, que le permite excluir intromisiones no consentidas, evitando su difusión no deseada. Supone preservar la dignidad o la inviolabilidad de la misma persona humana.

Tiene un aspecto negativo en cuanto a la exclusión de injerencias, y otro positivo, respecto al contralor que se puede hacer de datos o información de la persona utilizados por terceros.

Cuando en el art. 10 de la Constitución se establece: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo ataquen el orden público ni perjudiquen a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados", en definitiva se establece un deber de abstención sea del poder público como de la actividad privada. La tutela de la intimidad está presente, además, en la protección del hogar o del domicilio, presentado como sagrado e inviolable (art. 11), o en la misma custodia de la privacidad de la correspondencia (art. 7 y 28).

Para FERREIRA RUBIO (*El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, 1982, pág. 41) **la intimidad se conforma de tres características: tranquilidad** (vivir en paz); **autonomía** (libertad en la toma de decisiones en las áreas de nuestra existencia, conforme a nuestros deseos y conveniencias, sin injerencias); y **control de información personal**, que refiere a la divulgación de datos destinados a ser preservados de la curiosidad pública. En la actualidad el tema cuenta con regulación expresa en el ámbito cibernético, con la normativa referente a bases de datos y habeas data (ley 17.838 de 24 de septiembre de 2004 y 17.948 de 27 de diciembre de 2005). La vida privada de cada uno está conformada de circunstancias donde aspectos propios de su ser, de

su intimidad, deben ser protegidos. Abarca aspectos familiares, económicos, intelectuales, laborales.

El derecho a la intimidad tiene regulación expresa no solamente en el artículo 7 de la Constitución, al referir a los derechos de la personalidad, sino también en el artículo 10, al regular el derecho al domicilio o al hogar y su privacidad, y en el artículo 11 cuando se prevé que nadie puede perturbar o divulgar la vida íntima de la persona. Ello abarca la intimidad de la vida personal y familiar.

**En la Declaración Universal de los Derechos Humanos** del año 1948, en su art. 12 se tutela la protección frente a la intromisión arbitraria en la vida privada. En esta disposición se establece: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

En el artículo 11 inc. 2º de la **Convención Americana de los Derechos Humanos** se dispuso: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia".

En el **Pacto de San José de Costa Rica**, ley 15.737, en el art. 11, se protege la honra y dignidad al establecerse: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia y de ataques ilegales a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o ataques".

Por último recordamos que en la **Convención sobre los Derechos del Niño**, en el artículo 16, se establece: "Ningún niño será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida, en la de su familia, su domicilio o su correspondencia, o de ataques ilegales a su honra y a su reputación., El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

La ley 17.823 del 7 de septiembre de 2004, al regular **el Código de la Niñez y de la Adolescencia**, en su art. 11 dispuso: "Todo niño y adolescente tiene derecho que se respete la privacidad de su vida. Tiene derecho a que no se utilice su imagen en forma lesiva ni se publique ninguna información que lo perjudique o pueda dar lugar a la individualización de su persona".

La intimidad es la parte de la existencia de la persona reservada o no comunicable. Abarca el secreto de correspondencia; la inviolabilidad del domicilio; la intersección de conversaciones; la reserva de datos personales.

**El derecho a la intimidad o vida privada tiene ciertos límites que es necesario determinar con claridad.** Así, razones de seguridad nacional o pública, la protección a la salud, el ejercicio correcto del derecho a la información... puede significar en ocasiones limitaciones.

En otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Estatuto de los derechos de la personalidad*, Montevideo, 1984), definimos el derecho a la intimidad, como aquella utilidad sustancial, garantizada por el ordenamiento jurídico (derecho subjetivo), que se concreta en la posibilidad de autodeterminación en la reserva espiritual y privada del sujeto dentro de su esfera jurídica, en la medida en que no interfiere directamente en el comportamiento o en el modo de ser de otro sujeto». De esta forma, la persona tiene derecho a determinarse no sólo a sí misma sino también a determinar cuáles son los límites en que los terceros extraños pueden entrometerse en su vida.

**Para que exista una intromisión** y eventual abuso sobre el derecho a la intimidad, debe tratarse de la divulgación de hechos o de fenómenos que normalmente quedan sustraídos al conocimiento de personas extrañas o ajenas a la familia; los hechos referidos provocan normalmente al sujeto una turbación moral al afectar su recato, su pudor. Para ello, no debe recurrirse a una apreciación in abstracto sino más bien a una apreciación en concreto según las circunstancias del caso. Además, el sujeto no debió haber consentido la divulgación del suceso. Se ha discutido si el hecho con el que se trasgrede la intimidad debe ser veraz, estando quienes opinan que sólo con lo real puede transgredirse la esfera de la intimidad de sujeto (FERREIRA RUBIO, *ob. cit.*, pág. 102).

Nosotros hemos sostenido (*ob. cit.*, pág. 38), que esta distinción es improcedente pues es posible lesionar la intimidad del sujeto tanto con hechos falsos como correctos. El perjuicio que se puede causar, según los casos, puede ser mayor cuando se actúa con información falsa que cuando se difunden hechos reales.

Se ha sostenido que con la información se asegura a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la República en un momento dado, tutelando la libre difusión de las

ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido. Ello significaría que los alcances de la libertad de expresión se determinan a partir de su finalidad: **información del público acerca de los asuntos de interés general**. Es justamente esta noción de interés general la que permite delimitar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. Claro que determinar si existe interés general que justifique la intromisión a la intimidad, no resulta simple.

**En lo personal, no somos de la opinión de que invocando el interés general es posible invadir la intimidad de las personas a gusto y placer del periodista o de la empresa que comercialice información.** Entendemos que la solución pasa por realizar un ponderado equilibrio de los valores en juego, jerarquizado en las circunstancias el que corresponda y, en esta determinación de jerarquía el interés general puede llevar tanto a priorizar la tutela de la privacidad o la intimidad de la persona como el interés por la difusión de la información adecuada.

WARREN BRANDEIS (*El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pág. 62) entiende que la finalidad del derecho debe ser garantizada a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad, que no se han de ver arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, como a toda persona, sea quien sea por su status o por su posición social, de ver divulgado, contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados. Lo que se censura y hay que evitar, siempre que sea posible, es la injustificada violación de la intimidad.

Todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no, mientras que otras cosas son únicamente privadas porque las personas a quienes afecta no han asumido una posición que haga de estos hechos asuntos en que la investigación pública se encuentre legitimada.

Como dice el autor citado, **la veracidad de lo que se publica no supone una defensa** (*ob. cit.*, pág. 69), obviamente, esta rama del derecho no debería preocuparse de la veracidad o falsedad de lo publicado. La reparación o prohibición que se solicita no es por ataques contra la reputación del individuo sino por un agravio contra el derecho a la intimidad. Tampoco la ausencia de malicia constituye una defensa. La mala fe personal no es parte integrante de la infracción mayor que la que pueda darse en un caso ordinario de agresión contra personas o bienes.

Consideramos importante destacar que **toda causa que se invoque para justificar la intromisión en la intimidad de las personas, corresponde a quien trasgrede el derecho a la intimidad, probarla.** Así, quien invoca el interés general debe acreditarlo; quien invoca una justa causa debe acreditarla, de forma que justifique la intromisión en la intimidad por los medios de prensa como un ejercicio regular del derecho a la información. Ello porque entendemos que **la lesión al derecho a la intimidad es de carácter excepcional y sólo es posible cuando exista justa causa.**

Las personas o funcionarios públicos, por las características de su función, están más expuestas pues voluntariamente entran en actividades sobre las que existe derecho de conocimiento por parte de terceros. Razones de interés público, en ocasiones pueden justificar el conocimiento de circunstancias que, en principio, pueden considerarse en un particular como privadas. El derecho a la intimidad, en estos casos, no es un derecho absoluto.

Creemos sí que corresponde diferenciar el hombre público, que usa la vía pública para exponerse y sacar réditos, del que no lo hace. Toda actividad pública es pasible de información, y ello es bueno que ocurra en una sociedad democrática. Pero el hombre público tiene su vida privada que debe respetarse. Lo expuesto a la difusión en la actividad pública son sus caracteres de tal. Ello no legitima la intromisión en lo privado, salvo que medie causa justificada en el interés general que no es, precisamente, el que responde a la necesidad de vender más diarios u obtener mayor rating en los programas televisivos.

*c) Coexistencia entre el derecho-deber de informar y el derecho al honor*

El honor es la dignidad personal reflejada en los demás y en el sentimiento de la propia persona. Supone la consideración extrema, externa e interna de de la persona. Cada persona tiene su valoración en el medio en que habita y ellas mismas tienen valoraciones de lo que cada uno es, que conforma lo que es su verdadero honor.

Para la Real Academia Española, honor es "gloria o buena reputación", que sigue a la virtud o a los méritos que trasciende a la familia en el ámbito social.

La fama o el buen nombre, o el honor, se consideran por el propio interesado y por el entorno social. El honor es el derecho a ser considerado merecedor de respeto que tiene todo el que observó una conducta correcta. El honor tiene una faceta subjetiva, que refiere al



sentimiento íntimo que cada persona tiene de sí misma, y otra objetiva, que alude al respeto de la reputación y el buen nombre logrado en determinado medio social. No es un derecho absoluto y debe coexistir y armonizar con el derecho-deber de informar, siendo importante determinar cuándo se prioriza uno u otro.

La libertad de informar, como destaca ZANONNI ("Tutela del honor y difusión de noticias", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006/2, pág. 203), no es una libertad meramente formal, desprovista de fines. Si se actúa abusivamente, apartándose de los fines para los que este derecho fue reconocido, se puede generar responsabilidad en la medida en que se dañe. No debe olvidarse que la libertad de expresión no toma como punto de partida al individuo sino a la sociedad en un Estado democrático.

Se trata de un derecho reconocido en la Constitución de la República, artículo 7, referido a cuanto tratado y convenio se ha aprobado referente a derechos de la persona y del ciudadano. Así lo tenemos consagrado en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos de la ONU de 1948; en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

**Para que se lesione el honor**, según RISSO FERRAND (*ob. cit.*, pág. 280) se requiere: a) que se le quite a la persona algo que conforme las ideas sociales medias sea indecoroso, acorde a una valoración objetiva; b) que lo que se le imputa sea indecoroso para el individuo afectado.

Los menores de edad y los enajenados mentales, aún cuando no puedan tener la comprensión de las ofensas que se les causen, tienen honor y pueden ser objeto de injusto descrédito social que el ordenamiento debe tutelar.

**Como límite al derecho al honor** se establece la denominada "exceptio veritatis". Como ya se dijera, el primer límite interno de la libertad de expresión y el derecho a la información es objetivo y refiere a la verdad. Se viola este límite cuando la información no responde a la verdad de los hechos ubicados en su contexto y en su auténtica significación.

Corresponder agregar que injuriar o lesionar el honor no sólo causa daño a la autoestima de la persona involucrada sino que también se lesiona a la propia sociedad que pierde la confianza, el crédito y el respeto al agraviado. El respeto de la de la buena reputación y del buen nombre de los ciudadanos es algo que compete a todos y es responsabilidad de todos custodiarlo. No olvidemos que

la información falsa, la narración periodística perversa, maliciosa, no sólo agravía a los lesionados en su honor sino que afecta a todos los ciudadanos consumidores de la noticia, de los epítetos que atentan, además, contra el derecho a ser informado con legitimidad.

Como destaca PIZARRO (*ob. cit.*, pág. 205), los medios de comunicación social no gozan en nuestro sistema de posición de privilegio a la hora de responder civil y penalmente por los daños derivados de atentados contra el honor. **La carga de la prueba de la verdad de las imputaciones pesa, en principio, sobre quien resulta imputado o sindicado como responsable.**

Si la intromisión en el honor se pretende encontrar en la exceptio veritatis, la noción de verdad debe tomarse en el sentido que le asignan todos, esto es, como falta de adecuación entre la realidad y lo informado. La verdad en la información no es otra cosa que la reproducción objetiva de la realidad por el medio.

**No existe una verdad periodística** entendiendo por tal aquella que no guardando los requisitos referidos, esto es, siendo objetivamente falsa, resulte verosímil a quien informa de buena fe. Como señala JULIÁN MARIAS citado por PIZARRO (*ob. cit.*, pág. 217) la denuncia sin prueba, la calumnia pura y simple, la insinuación que producen los mismos defectos sociales están empezando a producir un clima de inquietud y malestar en unos, irritación en otros, de repugnancia y desaliento en los demás... la táctica es siempre la misma: se lanza la acusación –a veces la mera insinuación vaga e inconcreta– y se espera que el injuriado se movilice para probar que es falsa. Lo cual, repetimos es casi imposible; pero aunque lo fuera, pesaría sobre el inculcado una carga que en modo alguno le corresponde, sino al que afirma, al que lanza la acusación... el menester, sobre todo, negar el supuesto vicioso: hay que pedir pruebas al que afirma y no escucharlo mientras no las presente, no pedirle al acusado lo que hay que pedirle al acusador.

El honor de la persona se protege aún después de su fallecimiento en respeto a su memoria. Este valor propio de la persona trasciende su existencia de forma que el fallecimiento no hace desaparecer el deber de respeto a la honra del desaparecido.

Corresponde, por último, recordar que la tutela del honor tiene referencia expresa en el ámbito penal al regularse el **delito de difamación o injuria** en los arts. 333 y 334 del Código Penal.

d) *Coexistencia entre el derecho-deber de informar y el derecho a la imagen*

La imagen es la reproducción gráfica, identificable de una persona. Imagen, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la figura, la representación, con semejanza o apariencia de la figura o representación. Esto es, la imagen es algo representativo. El derecho a una imagen es el derecho a reproducir o representar la figura humana en forma reconocible. La imagen en una persona es fundamental, su rostro, su figura exterior conforman su identidad en el núcleo social. Abarca no sólo la semblanza física sino una forma de ser, de relacionarse con los demás.

En ocasiones, según la profesión o actividad que se desarrolla, la imagen puede ser fuente directa de ingresos. El derecho a la propia imagen constituye un derecho personalísimo que, como señala RIVERA (*Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, 2000, t. II pág. 114) permite oponerse a que otros individuos por cualquier medio, capten, reproduzcan, difundan o publiquen, sin su consentimiento o el de la ley, su propia imagen. Que este derecho no tenga reconocimiento en la Constitución de la República no implica desconocerlo como integrante de la misma dignidad de la persona, pues está implícitamente incluido dentro del criterio de enunciado de derechos que refieren los artículos 7, 72, 332 de la Carta Magna.

La imagen respecto al sujeto se proyecta como derecho a disponer de ella y derecho a que otros no dispongan de la misma salvo autorización expresa, en tanto es un derecho personalísimo del sujeto. Con la difusión de la imagen de la persona sin su autorización, se puede lesionar el derecho a la intimidad, al honor y el derecho a la propia imagen.

En nuestro derecho la imagen está tutelada expresamente en el artículo 21 de la ley 9739 de 17 de diciembre de 1937, donde se dispuso: "El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y, muerta ésta, de sus cónyuges, hijos o progenitores.

La persona que ha dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público que se hubieren realizado en público".



La protección a la imagen está íntimamente relacionada con los derechos de autor. El retrato es una imagen puede pretender derechos de autor y la persona retratada tiene derecho a su imagen.

Se protege la imagen visual y sonora, correspondiente a personas privadas y pública, notorias. Además, se protege también la imagen de las personas fallecidas. Por razones de interés público, puede publicarse o difundirse libremente la imagen de la persona. Por esta razón, el derecho a la imagen, como todos los que reconoce la Constitución expresa o implícitamente, no es un derecho absoluto.

**El derecho a la imagen, por razones de interés general, puede ser limitado subjetiva y objetivamente.**

Subjetivamente, respecto de ciertas personas notorias o famosas o que desempeñan cargos públicos. Por razones objetivas, el derecho a la imagen se puede limitar por necesidades de la justicia (ejemplo, identificar la cara del delincuente), por fines científicos, didácticos o culturales, cuando la imagen difundida está relacionada a ceremonias o actos de interés público o desarrolladas en público. En todos estos casos, la difusión de la imagen debe responder al fin de satisfacer la necesidad pública de acceder a una información veraz. Además, las imágenes difundidas de una persona sin su consentimiento no pueden aludir a su vida privada.

En el ámbito del derecho a la imagen se reconoce también **el derecho a la voz** como un derecho personalísimo autónomo.

Tanto la voz como la imagen se pueden disponer con fines comerciales. La imagen está integrada no sólo por fotos sino por gráficas que aluden a la persona. La difusión de la imagen con fin comercial requiere el consentimiento expreso de la persona involucrada, como ya viéramos. De la imagen obtenida en el ámbito público como fuente de información se puede disponer, salvo que sea usada para otros fines que no sean los de informar.

## **H) Responsabilidad por difusión de información inexacta, errónea o abusiva**

### *a) Presentación del tema*

La prensa seria asume la responsabilidad de informar sobre hechos verdaderos, explicándolos en su contexto real. Por ello, antes de dar la información confirma la veracidad de lo que se difunde. La información es legítima, aunque dañe, si es verdadera.



La información puede ser errónea si el informante la toma o difunde en forma equivocada e incompleta. **Puede ser abusiva o falsa cuando es distorsionada o cambiada por fines que no son los de informar sino, por ejemplo, ganar rating, vender más, etc. Se ejerce el derecho a informar no con el fin para el que fue reconocido por el ordenamiento jurídico sino con otros fines extorsivos, malintencionados.**

Si al informar se incurre en errores y los mismos son excusables, lo que puede acreditarse, no habrá responsabilidad. Si los errores no son excusables o no tienen justificación y aparecen en evidencia falsedades o distorsiones. Si se daña, puede configurarse el ejercicio abusivo de un derecho que, al estar relacionado causalmente con un perjuicio, puede generar la obligación de resarcir.

*b) Factor de atribución*

Con relación al **factor de atribución** utilizado para imputar la responsabilidad, en una primera época, con la idea de proteger la libertad de prensa, se exigía dolo o negligencia grave, o sea, intencionalidad en la falsedad. El que demandaba a un medio debía acreditar la intencionalidad o **la real malicia** con la que se había procedido lo que hacía a esta responsabilidad algo realmente ilusorio (L.J.U., c/13.274).

Este criterio se fundaba en la importancia del derecho a informar y la necesidad de proteger a la información en una sociedad democrática. Este no es argumento para una protección especial máxime cuando la lesionada puede ser una persona que por cierto es la esencia de todo sistema democrático.

Esta construcción proviene del common law, donde la responsabilidad por difusión es objetiva; donde existe posibilidad de aplicar daños punitivos entre otros aspectos distintivos.

Lo que resulta inadmisibles en esta propuesta es que si bien con ella se quiere proteger al sistema democrático no se debe confundir el no pagar daños y perjuicios con el decir la verdad. Si no se prueba la real malicia, se difunde lo falso dentro de lo legal y esto es lo que no puede suceder porque se causan daños no resarcibles.

Según este enfoque, como lo destaca LÓPEZ HERRERA (ob. cit., pág. 760), sólo se responde si se procedió con dolo o culpa grave pero no respecto al difamado sino respecto a la verdad. Esta doctrina de la real malicia se orienta a la información respecto de temas o personas públicas.



La doctrina de la real malicia propone **diferenciar la información veraz de la verdadera**. La primera requiere considerar que procede de una fuente confiable o confirmada, aún cuando luego resulte falsa. Falsa porque la fuente no dijo la verdad. Puede ser veraz aunque no sea finalmente verdadera. La información **verdadera** es la que responde a la realidad.

Hasta el año 1992, la Suprema Corte de Justicia en nuestro país (Sentencia de 18 de marzo de 1992, publicada en *Anales de Jurisprudencia Uruguaya*, t. I vol. 2 ) se venía aceptando la denominada doctrina de la real malicia. En este fallo se destaca la dificultad de su prueba y la conveniencia de aplicar el régimen general de la responsabilidad por culpa, sin distinciones tuitivas que se tradujeran en la lesión injusta a los derechos de la personalidad de los ciudadanos.

Se entendió que el periodista debe decir la verdad actuando con la diligencia debida en la elección de la fuente. Se debe tutelar el interés no sólo de los posibles difamados sino de la misma sociedad a conocer la verdad.

No existe un criterio de culpa oficial para calificar el proceder del periodista. Opera el sistema de la responsabilidad civil profesional, debiéndose comparar la conducta seguida en el caso por el periodista o el medio cuestionado, con la conducta que en el caso debió asumir un periodista o medio prudente, razonable en lo que refiere al manejo de la información (culpa in abstracto).

En la ponderación de la conducta debida rige, como en la responsabilidad médica o en la responsabilidad del abogado, reglas éticas (lex artis periodística). Un **Código de Ética Periodística** que es muy importante tengamos en vigencia, requiere: corrección en el lenguaje, veracidad, lealtad, buena fe, discreción, imparcialidad, evitar sensacionalismo cualidades que debe reunir no la noticia sino el que la difunde. El derecho a expresarse con libertad no faculta a decir o hacer lo que se quiera.

No alcanzaba con probar que la información era errónea sino que se debía probar que se difundió como conocimiento de la falsedad.

Lo grave de este enfoque es que, en definitiva, se priorizaba la libertad de información con relación a la vigencia de derechos personales que hacen a la dignidad misma de la persona. Luego se propuso un criterio amplio en el sentido de que la responsabilidad de los medios en estos casos responde a factores de atribución subjetivos, alcanzado con que exista negligencia en la forma de proceder. O sea, se debe acreditar no haber actuado con la dignidad o diligencia de un

buen padre de familia en el procesamiento o difusión de la noticia. Se aplica, incluso, por algunos autores el concepto de culpa profesional como factor de atribución.

En la actualidad, ciertos autores como PIZARRO (*ob. cit.*, pág. 262), sostienen que en realidad los factores de atribución que se deben utilizar **son objetivos pues el periodista o la empresa de información es la que debe asumir los riesgos por la actividad que desarrolla**. La noticia es una cosa que mal utilizada puede causar daño y el empresario debe asumir los riesgos consecuentes. Ellos realizan una actividad del peligro pues suelen tener necesidad de celeridad en la difusión de la noticia y por ello en algunos casos omiten la reconfirmación de los datos que se difunden. Todo este proceder está iluminado por el ánimo de lucro y en consecuencia, si se asumen estos riesgos para poder dar la noticia con la que se lucra, también se deben asumir las consecuencias negativas de dar una noticia equivocada, más allá de la intencionalidad con que se haya actuado. PIZARRO (*ob. cit.*, pág. 262), considera que la responsabilidad por culpa sería un privilegio económico pues se desplaza lo veraz al terreno de lo que implica actuar con diligencia.

ACCICARRI ("Medios de comunicación masiva y responsabilidad civil", *Revista La Ley*, 1987, pág. 1020) entiende que la cosa con la que se daña no es sólo la inmaterialidad de la noticia, mensajes u ondas radiofónicas, sino con el conjunto de los equipos que posibilitan la emisión. Estas "cosas" juegan un rol activo en el proceso de difusión de lo que daña y están bajo la guarda de la empresa emisora.

En realidad lo que interesa es que se actúa abusivamente cuando la información no se da en forma correcta pues con ello se trasgrede el fin que justificó el reconocimiento del derecho a la información. Si se trasgreden los límites de este derecho y en su ejercicio se daña, se debe responder.

El derecho a la información no es algo meramente formal o abstracto, desprovisto de fines o límites. El abuso opera no en relación a la noticia sino a que la información no fue dada como correspondía, traspasando los límites del derecho a la información.

Se colide con derechos personales con referencia a los cuales la persona tiene el derecho de evitar intromisiones injustificadas (en su intimidad, en su honor, en su imagen).

El fundamento de la responsabilidad se califica no tanto desde la conducta del infractor sino desde la situación del afectado que padece una intromisión injustificada, afectándose su honor, su dignidad o



su imagen. Corresponde recordar que la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1986, en el artículo 17, se establece gráficamente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada así la intrusión arbitraria o injustificada genera responsabilidad sin que sea necesario acreditar dolo o culpa a menos que este proceder sea justificado”.

Por último, corresponde agregar que llegada la hora de probar la culpa del periodista opera la carga de la prueba dinámica conforme a la cual debe probar aquél que se encuentre en mejores condiciones de demostrar ciertos hechos. El periodista no puede pretender su responsabilidad escondiéndose en la denominada “reserva profesional”. Tal invocación, según los casos, puede ser incluso presunción de culpa, máxime cuando, según los casos, puede ser aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas<sup>38</sup>.

## I) Ejercicio abusivo del derecho a la información

### a) Presentación del tema

Acorde a la relatividad de este derecho y más allá de la consagración constitucional, cuando se ejerce en forma irregular puede generar una situación de abuso y por tanto de responsabilidad. En este tema el abuso de derecho cumple una función social esencial, pues custodia el respeto de valores y derechos esenciales de las personas, al tiempo que marca los límites de otros derechos esenciales del sistema democrático, como es el derecho a obtener una información veraz. Este derecho se protege no sólo por el interés particular del empresario que lo utiliza sino porque en él se protege el interés general de estar informado.

Información hay una sola, que es la veraz, objetiva, exacta. Si no es así, no es información y sobre ella no se pueden ejercer derechos.

**La abusividad se constata en la trasgresión de límites internos (trasgresión del deber de veracidad, objetividad) y externos (trasgresión de los derechos personales como ser el derecho a la imagen, a la intimidad o al honor) y suele ser consecuencia del haberse apartado**

38 En materia penal, la reciente Ley 18.515 de 26 de junio de 2009, al modificar el art. 336 del Código Penal introduce como criterio de imputación del delito la existencia de real malicia del autor al agraviar, lo que supone, desde nuestro punto de vista, un error pues la prueba de la real malicia es muy difícil y todo ello se convierte en una flexibilidad altamente peligrosa para la protección de la intimidad y honorabilidad de las personas.





**de lo que en el caso exige el deber de actuar de buena fe, el necesario respeto del interés general que involucra, según los casos, al propio orden público y a las buenas costumbres.**

Aquí más que transgredir normas se afectan valores e intereses que están tutelados, que pueden no tener referencia expresa en el enunciado formal de la norma pero que forman parte del derecho de la que aquella es parte.

*b) Doctrina*

Cierto sector de la doctrina cuestiona la aplicación del abuso de derecho en el ejercicio del derecho a la información. Así, ALTERINI - LÓPEZ CABANA ("La responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito abusivo" en la obra *Modernas cuestiones de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1988 pág. 293), sostuvieron que el abuso de derecho se aplica sólo a los derechos definidos y determinados y por tanto, las libertades esenciales como las de circular o la de expresarse, estarían al margen de la aplicación de esta figura jurídica. En esta línea de opinión se encuentran destacados juristas como es el caso de MAZEAUD y TUNC (*Tratado, ob. cit.*, t. I, vol. 2 n° 549); GHESTIN - GOUBEAUX (*Traité de droit civil*, París 1991, t. I, n° 697, pág. 616).

Como ya viéramos (Parte I, 1, n° 15 C), respecto de las libertades, como la de prensa, cierto sector de la doctrina entendió que no se aplica el abuso de derecho pues no existe un derecho definido. En nuestra opinión, es posible abusar de estas libertades, que no pueden ser ilimitadas sino que deben respetarse los fines que responden al reconocimiento de estos derechos y libertades que, como recuerda PIZARRO (*Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, 1981, pág. 168), tienden al cumplimiento de una función económica y social.

Si se trasgreden en forma injustificada los derechos de una persona en el ejercicio del derecho a informar, se puede estar actuando en forma abusiva.

**Desde nuestro punto de vista**, no existen derechos incausados y, en consecuencia, el derecho de informar es pasible de ser ejercido en forma abusiva. Más allá de las opiniones doctrinarias, la propia Constitución de la República lo reconoce expresamente cuándo refiere a "los abusos que se cometieren", aludiendo precisamente a los intereses de los afectados por la divulgación de noticias erróneas o falsas en el ejercicio del derecho informar. El derecho de informar

debe ser ejercido en forma racional, normal, no causando daños innecesarios e injustificados. Así, por ejemplo, para informar sobre un político no es necesario tomarle una foto en el sanatorio cuando se encuentra en estado terminal. Hay límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres, la moral, que se deben respetar. Hay códigos de ética de procedimiento que también se deben acatar y que conforman, dentro de lo previsto, la *lex artis* periodística.

#### **J) Daños por lesiones a los derechos personalísimos**

Toda lesión injustificada a los derechos personalísimos, como la intimidad, el honor, la imagen, causa por sí un daño personal "in re ipsa". En otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Estatuto de los derechos personalísimos*, Montevideo, 1984), sostuvimos que la lesión injustificada de los derechos personalísimos daña en sí pues el perjuicio en estos casos está subsumido en el ilícito.

Ello es tan así que en ciertos cuerpos normativos, como ha ocurrido con el Código Civil Portugués de 1967, en el artículo 70, se entiende que la lesión a los derechos personales hace presumir el daño.

En una época, la reparación al daño causado por la lesión al honor se lograba recurriendo al duelo, a la violencia o formas similares, reacciones que hoy se consideran inadmisibles. Hoy se debe recurrir a la indemnización, a la retractación o al ejercicio del derecho de réplica. Además, como ya dijimos, en el ámbito penal está regulado expresamente el delito de difamación.

#### **K) Derecho de réplica**

Toda persona que ha sido afectada en su dignidad (Honor, intimidad, imagen) como resultado de una noticia basada en información falsa, errónea o incompleta difundida en los medios informativos (prensa, TV), tiene derecho a responder a esa falsedad en el mismo medio y en forma gratuita.

De no admitirse el ejercicio de este derecho por el medio, la réplica podrá ejercerse judicialmente. El tema está regulado expresamente en los arts. 7 a 13 de la ley 16.099, ley 18.515 de 26 de junio de 2009 y el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, ley 15.737 al que ya se refirió.

Para que se pueda ejercer este derecho se requiere: 1) lesión en los derechos de la personalidad (honor, intimidad), 2) causada por noticias falsas o agraviantes; 3) que la lesión se cause por la difusión al público de la noticia falsa, por cualquier medio (prensa, TV, etc.);

4) el ejercicio de este derecho debe ser gratuito; y 5) en caso de oposición se puede exigir judicialmente.

El ejercicio del derecho de réplica no excluye otras responsabilidades en que se puede incurrir. La ley es clara al referir al tema cuando establece: "el derecho de réplica es **sin perjuicio** de las acciones resarcitorias o los delitos en que se haya podido incurrir". El ejercicio del derecho de réplica puede disminuir el daño causado pero no excluye el posible resarcimiento de estos perjuicios.

Como bien anota PIZARRO (ob. cit., pág. 344), la respuesta es la versión del interesado sobre los hechos que al ser realizados por éste no alcanzan de ninguna forma a reparar el daño causado.

## L) Jurisprudencia

En los últimos años nuestra jurisprudencia se ha pronunciado, en forma reiterada, por la existencia de la figura del ejercicio abusivo del derecho de informar.

*1. Si el propio recurrente afirmó que la noticia falaz tuvo su fuente en las autoridades policiales parece claro que no correspondía exigir al órgano de prensa que probara que la afirmación errónea que publicó le fue proporcionada por la policía. No cabe duda que, conforme a los principios de lealtad y buena fe, y a la teoría de los actos propios, debía tomarse en cuenta lo que manifestó el acto en el proceso, siendo inaceptables las alegaciones que al efecto formula el recurrente. No basta, en efecto, la constatación de la publicación de una noticia que resulta ser falsa para hacer responsable al órgano de prensa de los perjuicios derivado de la publicación. Tal hipótesis, la cuestión debatida, refiere a la libertad de informar y al abuso eventual de la misma a que alude el Art. 29 de la Constitución, siendo entonces decisivo dilucidar si al informar se incurrió en abuso de derecho.*

*Frente al ejercicio abusivo del derecho de información no es preciso cuestionar si existe un orden jerárquico, si son prioritarios y por ende deben conciliarse con relación, por ejemplo, al derecho al honor, sino que este tema debe resolverse estudiando si en el caso concreto existió tal abuso. Si ese abuso realmente se configuró, en definitiva no será más que un hecho ilícito y debe entenderse como lo que es ilícito y contrario al orden público, a la moral, o a las buenas costumbres.*

*En realidad, el Código Civil patrio establece la ilicitud del abuso de derecho pero no establece ninguna regla que limite los poderes del juez cuando éste deba controlar la licitud o ilicitud originada por el ejercicio del derecho. Ahora bien, es claro que en la especie el abuso de derecho de la empresa demandada no fue demostrado, no configurándose, consecuentemente, vio-*

lación alguna de las normas constitucionales y de derecho civil invocadas por el recurrente. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 111 del 13 de marzo de 1996, A.J.U., t. V.**

~

2. El concepto de honor es problemático pues a las clásicas distinciones entre honor subjetivo (autoestima), objetivo (buen nombre, reputación), material (sólo lesionable por imputación falsa), formal (lesionable incluso con imputaciones verdaderas), se añade la consideración de dos aspectos dentro del honor: uno, como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona y otro como expectativa que emana de la participación real del individuo en la comunidad. Este último sentido es el que realmente importa, no el que deriva de la dignidad independientemente de su actuación social, agregándose que: los derechos de la personalidad pueden ser lesionados en el accionar concreto de la libertad de expresión. Pero que: en ese terreno tampoco puede soslayarse la cuestión de los patrones culturales y valorativos de la sociedad, porque si bien es cierto que cuando ésta tiende a entrometerse en la vida privada se produce una amenaza cierta a las libertades individuales, no menos cierto es que un mismo hecho conmoverá la opinión pública de distintas sociedades o de distintas épocas de modo diferente.

Las imputaciones que no guardan relación con la vida pública de los accionantes son potencialmente dañosas pudiendo configurar una situación de invasión de la esfera jurídica ajena, con lesión de derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas. Pero para considerar la existencia de daño moral —que no opera en la especie *in re ipsa*— se requiere prueba de la repercusión en el círculo o medios en que se desenvuelve la vida de relación de los accionantes.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, sentencia 20 de 10 de junio de 1998, A.J.U., t. X, N° 50.**

~

3. La afirmación de que toda información se legitima cuando es verdadera es opinable, salvo que se trate de garantizar un interés público preva-  
ciente, concepto que tiene carácter contingente y variable.

En cada caso concreto se debe considerar la razonabilidad de la intromisión o la expresión pública de aspectos relativos a la intimidad de la persona involucrada.

De todas formas, cabe establecer algunos criterios generales: en primer lugar, patrones culturales y valorativos de la sociedad. En segundo lugar, la necesidad, esto es, la relación que puede guardar la información con el interés de la comunidad.



*Se define el abuso de derecho como el acto material o jurídico dañoso que sería considerado lícito si se atendiera a un examen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona (Capitant, Vocabulario jurídico, 1981, pág. 7).*

*Se requiere que exista exceso de parte del que causa el daño, ejerciendo el derecho con intención de perjudicar, esto es, con dolo o culpa grave.*

*En la determinación de estos conceptos la tesis del interés público aparece como relevante, no sólo para fundar la sentencia recurrida sino por su recepción legal, no siendo dudosa la extensión al campo civil de institutos de justificación del derecho penal, respetando, desde luego, la diversidad de finalidades de ambas ramas. Para dar una noticia es necesario que se demuestre en forma razonable la existencia de un interés público en que se descubra y aclare la verdad en forma clara, evidente y precisa. Esto significa que la ley ha preferido el interés del Estado sobre el interés de la tutela del bien jurídico honor; el interés de saber por parte del público cuál es la verdad sobre determinada situación, aunque ello roce el honor, la rectitud o el decoro de una persona privada.*

*Este honor individual se ve restringido por la existencia de una verdad objetiva, el riesgo de lesionar cede en aras del superior interés común (L.J.U., caso 12.233).*

*Otro criterio que servirá para determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intromisión será el de la necesidad, con lo que queremos señalar que en cada caso concreto se justificará o no el grado de intromisión y la relación que pueda guardar la información con el interés de la comunidad.*

*En criterio de la Sala, coincidente con el a quo, no habría existido en el caso ilicitud en el desarrollo de los hechos que se reseñaron en cuanto a la libertad de expresión, que abarca la libertad de buscar, recibir y difundir información, se ejerció en sus límites, tratándose de hechos públicos que habían sido ya analizados en sesiones que, si bien pudieran ser reservadas, no tenían el carácter de secretas.*

*El criterio opuesto implicaría conculcar el ejercicio de la tarea de control, no sólo del órgano deliberativo comunal y de sus integrantes sino de la prensa. Se ha dicho que la protección del honor no puede impedir que los medios de comunicación desempeñen su papel tan esencial. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º turno, sentencia 87 de 19 de julio de 1995; A.J.U., t. IV, nº 3.***

~

*4. Deseamos destacar que la Sentencia N° 18 del 18 de marzo de 1992, redactada por el Dr. NELSON GARCÍA OTERO, desde nuestro punto de vista*



configura un verdadero "leading case" en el tema. Se destaca muy especialmente por establecer con toda claridad el alcance que debe darse a la regulación; de la ausencia de censura previa a que refiere el art. 29 de la Constitución, no implica que se puedan admitir abusos en el ejercicio de esta libertad. La Libertad de prensa no es irresponsabilidad de prensa. Lo así prohibido es la previa censura, pero la actividad del comunicador está necesariamente sometida a la responsabilidad por abuso, responsabilidad de tipo civil o penal.

En el Considerando IV con particular claridad se establece que:

"Cuando la prensa atribuye determinadas manifestaciones a terceros, no incurre necesariamente en abusos que generen responsabilidad si ellas realmente ocurrieron. Pero si recurre a tal mecanismo informativo para, más allá de lo formal, injuriar o difamar, la simple mención de que terceros hayan hecho mención a hechos reprobables, no alcanza para dirimir el propósito ilícito de la publicidad y la ulterior responsabilidad pertinente. Porque es útil que se informe a la opinión pública de hechos ocurridos, pero no se oculta el ánimo difamatorio por la sola circunstancia de referir difusamente a otros el aserto de que el agente público incurrió en acciones susceptibles de someterlo a un proceso penal o disciplinario o que afecten su honor. En cada hipótesis concreta corresponderá determinar si existió únicamente ánimo informativo o realmente se ejecutó en forma encubierta un propósito difamatorio".

Queda claro entonces que en definitiva el juez tendrá la difícil labor de lograr el discernimiento debido entre lo que es la información que se justifica en tanto responde al interés general, de lo que es la información dada de forma que se afecten intereses particulares que refieren, nada más y nada menos, que a la propia integridad de la persona. O sea que cuando con cierta información se persiguen, concomitantemente, fines que lesionan a la persona, el hecho no queda justificado en el ámbito de referir al interés social de la información de que se trate. **Suprema Corte de Justicia, sentencia nº 18 de 18 de marzo de 1992; A.J.U., t. II.**

~

5. El obrar culposo de la responsable del diario surge no por el hecho de haber publicado una noticia inexacta sino por la forma y los términos de la publicación. Así, en la tapa de la edición de 3 de junio de 2001, en grandes caracteres se estampó: "Criminal", más abajo se señaló "Aduaneros se confrontaron para introducir la aftosa".

Como se expresó, los periodistas profesionales y los medios de información social, deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de informar sin agraviar a terceros. Ello, como cualquier otro integrante de la comunidad, deben ser conscientes de que nadie puede ser tildado de



*delincuente, asesino, violador, corrupto, hasta tanto así lo determine la justicia correspondiente (Venturini, Beatriz, Revista Judicatura, N° 39 pág. 186).*

*En el caso hubo culpa grave y por tanto abuso del derecho de informar por parte de los periodistas del diario (art. 1321 del C.C.), al haber publicado de la forma que lo hicieron, una información que debería haber quedado en el ámbito reservado propio de un informe confidencial, en el entendido que la libertad de expresión que consagra el art. 29 de la Constitución no es un derecho absoluto, tal como lo ha sostenido jurisprudencia constante. (L.J.U., t. 110, c. 12.725).*

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. turno, sentencia 225 de 4.X.2006, AD.C.U., t. XXXVII, c. 2.**

~

*6. En la especie se perfila un supuesto de abuso del derecho de informar imputable a dos diarios, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el Art. 1321 del C.C. Las sociedades co-demandadas responden en función del Art. 1324 del mismo cuerpo de normas.*

*Probado el obrar ilícito culposo de los periodistas, el vínculo de dependencia, la actuación culposa en el ejercicio de sus funciones y el daño como corolario de lo anterior (nexo causal), la culpa del empleador queda configurada conforme a los parámetros objetivos que señalan la doctrina y jurisprudencia en general.*

*El derecho a informar sin censura, como todo derecho, reconoce limitaciones establecidas por la ley por razones de interés general. De ahí la anotada reserva sobre la responsabilidad del actor, o en su caso, del impresor o emisor, por los abusos en que se incurriera.*

*Pero, a la inversa, o quizás en forma paralela, existe otro derecho de carácter individual protegido en la Carta Constitucional: el derecho a ser tutelado en el goce de su honor (Art. 7, 72 y 332 de la Constitución). Por lo que, si abusando la ejercicio del derecho a informar, se lesiona el honor de una persona, se incurre en responsabilidad que puede ser civil o penal.*

*Por último cabe señalar que la responsabilidad en materia de cuasi delito es proporcional y no solidaria (Art. 1331 del C.C.). Por mérito a lo cual se hace necesario determinar que la responsabilidad debe repartirse entre ambas co-demandadas, siendo lógico pensar que cada empresa soporte el 50% de la suma que se fija en definitiva.*

*La culpa de los periodistas es nítida, por informar con total irresponsabilidad que la actora estaba involucrada en ilícitos de tarjetas de crédito, habiendo sido procesada por estafa en reiteración real, cuando era la persona que en realidad estaba denunciando la maniobra y no la procesada. Ello*

ocurrió aunque al día siguiente el diario realizara una aclaración y otro una puntualización que rectificaron la información, las que no tenían el mismo destaque que la información inicial, por lo que de todos modos hubo una grave imprudencia o negligencia de los cronistas.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia de 26 de septiembre de 1989, L.J.U., t. 101, c. 11.523.**

~

7. Aquí el medio de prensa obtuvo una información bastante exacta de lo que estaba sucediendo, a la cual agregó una calificación y titulación errónea, no justificada y objetivamente capaz de causar daño al honor del implicado. Esta conducta configuró una culpa grave por lo que parece totalmente razonable que se tenga por existente el hecho ilícito y la consecuente obligación de responder civilmente del daño causado, aplicando los artículos 1319 y 1321 del C.C. referentes al abuso de derecho.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 185/95 de 19.12.1995, L.J.U., t. 113, 13.025.**

~

8. La culpa surge configurada de la confrontación de los titulares con el contenido de las notas periodísticas pertinentes, ya que la información que obra en los textos enmarcados en dichos titulares demuestra que L.N. nada tenía que ver con la carga de narcóticos encontrada en el avión y qué motivo el secuestro del mismo por las autoridades brasileñas, extremo éste que los periodistas involucrados corroboraron positivamente.

En el caso este error supuso una vinculación entre el reclamante y el negocio de la droga lo cual constituye una hipótesis clara de culpa grave. Hubo, pues, abuso del derecho de informar por parte de la demandada imputable en el caso a título de culpa (artículo 1321 del C.C.). El que no se haya configurado el dolo que reclama la accionante no incide en esta conclusión, desde que la Sala, en su actual integración, estima que el periodista responde por la culpa común, o sea, por la falta del debido cuidado o diligencia de un buen padre de familia (Beatriz Venturini, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación", en Revista Judicatura, n° 39, pág. 192), siendo totalmente compartible la cita que de Zanonni hace Venturini en la obra aludida: "creemos que si de noticias inexactas se trata, la responsabilidad debe ser siempre de orden subjetivo, basada en el actuar culposo en sentido amplio, del medio que difunde la especie inexacta, sobre la base de un juicio de responsabilidad basado en la observancia del límite interno que reconoce la libertad de información".

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 151 de 2000, de 23.VIII.2000, L.J.U., t. 123, c. 14.109**

~





9. La cuestión en análisis debe enmarcarse dentro del área de una posible colisión entre derechos fundamentales de similar rango constitucional y los límites recíprocos que se imponen en su ejercicio (López Cabana, "Los medios masivos de comunicación frente al derecho", A.D.C.U., t. 20 pág. 55); esto es, el derecho a la información en su vinculación con los llamados derechos de la personalidad, como lo son el derecho a la integridad moral, el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad de las personas.

El derecho a la información está compuesto por tres subderechos: a recibir, a difundir y a buscar información. En torno al primer aspecto, cabe señalar que el derecho a recibir información debe necesariamente, referirse a información veraz, verdadera; puesto que, como señala Zafore (La comunicación masiva, De Palma, 1990 pág. 1 a 35), la verdad es el núcleo del bien jurídicamente tutelado.

En nuestro ordenamiento positivo el derecho a recibir información veraz se encuentra implícitamente consagrado en el artículo 72 de la Constitución en tanto derecho inherente a la personalidad humana y finca su operativa de aplicación en el artículo 332 sentido de la misma.

Por su parte, el derecho a difundir información tiene particular relevancia en la instrumentación concreta de la libertad de pensamiento, en la medida en que sin libre expresión, el pensamiento constituiría un mero ejercicio individual e íntimo, sin aptitud para modificar la realidad exterior.

El artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica establece "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento a su elección".

El sentenciante agrega que los límites internos al derecho-deber de información toman como referencia objetiva a la verdad y como límite subjetivo a la actitud del informador hacia la verdad. La información, aunque veraz, puede no responder a los fines en virtud de los cuales es reconocida la libertad de divulgar y recibir información. En este caso se habrá excedido los límites externos del derecho (Zanonni - Píscaro, Responsabilidad de los medios de prensa, Buenos Aires 1993 pág. 65).

En este sentido debe manejarse el criterio de razonabilidad que Zafore indica con la correspondencia entre medios y fines, con la idea de proporcionalidad y equilibrio entre el fin buscado y los medios empleados, entre el bien común y la cuota de sacrificio individual; se trata de compatibilizar las garantías individuales con los intereses colectivos.

*El derecho a la honra, continúa este excelente fallo, genera límites internos en el derecho a difundir información; se trataría de los límites de la verdad histórica como vimos, y el interés público que los hechos revisten para habilitar su difusión. En síntesis, con Soria puede concluirse "lo que sea verdadero y tenga relevancia pública puede publicarse siempre que se emplee un lenguaje correcto, aunque esa publicación comporte una lesión a la honra de terceros".*

*Es importante tener presente en este caso el concepto interés público. Es obvio que no existe un derecho absoluto a decir la verdad en toda circunstancia sino que se requiere la concurrencia del interés público como criterio limitante para la difusión de hechos verdaderos pero que puedan constituir eventuales lesiones a otros derechos. Se trata de asuntos vitales para la comunidad, o referidos a materias que requieren un comentario o reclaman la atención pública, La noción de interés público comprensivo de la conducta de los sujetos públicos impone acordar mayor margen a la libertad de prensa cuanto más definida y clara sea la adecuación de un evento a esta categoría por cuanto la información amplia y el eventual debate y discusión de hechos de interés general es vital para lograr bienestar nacional. La idea de función se enlaza con la idea de servicio; los medios de comunicación deben asumir un comportamiento con la sociedad, cumpliendo cabalmente con el deber de informar con veracidad, exactitud y equilibrio.*

*En el caso en cuestión la referencia de parte de funcionarios públicos a episodios de corrupción es un tema de interés público. Por ende las publicaciones eran necesarias en el contexto histórico temporal en que se produjeron porque se trataba de un tema que había despertado y despierta importante interés general, pudiendo afirmarse, además, que la denuncia de la prensa puede constituir una forma democrática de incitar el celo de las autoridades que en diversos ámbitos tienen el deber de instruir.*

*La verosimilitud de los hechos que dan mérito a la noticia debe juzgarse en relación a la época de la publicación; no puede atenderse a los resultados de las posteriores actuaciones judiciales o administrativas porque sería abstraer el acto de su contexto espacio temporal, exigiendo al órgano de prensa una diligencia máxima, porque es evidente que una vez desarrolladas las investigaciones tanto penales como administrativas, sólo cabe informar sobre los resultados. En el caso, el órgano de prensa demandado actuó en un ámbito de licitud lo que impide declarar su responsabilidad. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, sentencia 54 de 19.III.04, L.J.U., t. 132, caso 15.092***

### **M) Conclusiones**

La prensa ha evolucionado espectacularmente en los últimos años llegando a concentrar en los hechos un poder realmente increí-



ble, capaz de llegar a controlar o incidir en el pensamiento; de formar la opinión pública; de causar un pánico bancario; de generar una conmoción social; de alterar la escala de valores sobre los que se sustenta la familia o la coexistencia pacífica en sociedad.

En un principio se le vio básicamente como la defensora de personas de sus ideas, de sus pensamientos, de sus críticas, etc. Actualmente en demasiados casos se ha transformado en un verdadero riesgo para la tranquilidad y la reputación de esas mismas personas.

Por desgracia, en muchos casos estamos siendo testigos callados de desbordes impunes de la prensa, actuando, por desgracia, sin respeto por la verdad; ni por el país; ni por sus autoridades. Nos preguntamos por qué en los hechos la prensa, o mejor dicho, cierto tipo de prensa, se ha convertido en un instrumento privilegiado para hacer el mal con impunidad.

ALBERDI (*Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina*, pág. 99) niega que la prensa sea un ídolo sagrado, divino, infalible e inmaculado superior a la paz y a la ley. Afirma que no se puede ser amigo de la libertad y ejercer la detracción y el libertinaje.

Hoy la libertad de prensa en su manifestación más constante, que es a través del "derecho-deber de información", tiene necesariamente que ejercerse con veracidad, respondiendo a un interés general y no dañando correlativamente los intereses y valores personales y colectivos. La ciudadanía reclama hoy más que nunca una información veraz, dejando de lado intereses personales, sensacionalismos o maniobras circunstanciales para lograr mayores ventas, sea cual sea el precio.

**Importa destacar que para que se justifique un daño lícito a partir del derecho a informar se debieron cumplir ciertas exigencias elementales:** a) veracidad de lo transmitido en la noticia; b) haberse seguido una actitud mesurada y objetiva; c) correspondía en el caso dar la información en miras al interés general y al derecho de la comunidad a ser correctamente informada.

Ante el ejercicio abusivo de estos derechos la respuesta resarcitoria debe ser particularmente rápida y firme, tratando de que se logre en lo posible una finalidad preventiva para casos futuros similares.

Pensamos que en el momento de determinar los daños a resarcir por el ejercicio abusivo de la libertad de información debe considerarse "la ventaja obtenida por el causante del daño" y no sólo el perjuicio causado al afectado. Así como la captación ilegítima de la imagen de

una persona puede enriquecer injustamente al que la utiliza, el que da una información falsa puede enriquecerse con ello, y resulta correcto considerar este factor en el momento de la reparación.

En la ley española 1/1982 del 5 de mayo de 1982, relativa a la tutela de los derechos de la personalidad, se señala: "9.2.- La existencia de un perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. 9.3.- La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya introducido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". (cit. por ORDOQUI CASTILLA; *Estatuto de los Derechos de la Personalidad*, pág. 73)

En criterio que se comparte, JOSÉ ROYO JARA (*La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987, pág. 175) sostuvo que en estos casos la indemnización cumple una triple función: satisfactoria para la víctima, punitiva para el responsable y preventiva para terceros.

En otro orden, debemos tener presente que en este tema el derecho comparado propicia soluciones "prevencionistas". Así, en el art. 70 inc. 2º del Código Civil portugués de 1967 se prevé: "independientemente de la responsabilidad civil a que haya lugar, la persona amenazada u ofendida puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso con el fin de evitar la consumación de la amenaza o atenuar los efectos de la ofensa ya cometida". Similar criterio vemos en el art. 28 del Código Civil suizo (redacción dada por la ley del 1º de julio de 1985) y en el art. 9 del Código Civil francés (redacción dada el 17 de julio de 1970).

No ponemos en duda la importancia de una tutela efectiva de la libertad de prensa y de información, pero el desarrollo de esta libertad no puede darse en sacrificio de la dignidad de la persona, y, en este sentido, existiendo abuso ilegítimo debe actuarse con todo el rigor el orden jurídico vigente para prevenir en lo posible y condenar a la reparación cuando no fue posible evitar el daño. De un orden adecuado de esta escala de valores depende la coexistencia pacífica en aras del bien común.

## 7. EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

La agrupación familiar, como bien destaca JOSSERAND (*ob. cit.*, pág. 78), no puede existir ni prosperar, como cualquier otra comu-



nidad social, si no está provista de órganos, a la vez representativos y directores que la personifiquen y administren, a los que se les concede poderes, como ser el de la patria potestad o el de la potestad marital.

Como destaca el autor, (*ob. cit.*), estos poderes son "temibles" puesto que, en los hechos, son ejercidos por los fuertes sobre los débiles. Son poderes que no se deben considerar como absolutos sino limitados. En la época del derecho romano se veían como absolutos pero hoy se han limitado en miras al interés y protección de quienes en esta relación aparecen como débiles.

En nuestro planteo, y luego de las primeras aproximaciones al tema, en la obra *Responsabilidad Civil y el Derecho de Familia* (Montevideo, 2004), consideramos de interés práctico concretarnos en el estudio de las situaciones de abuso de derecho que se pueden dar en las relaciones de derecho en las relaciones paterno-filiales y en las relaciones entre cónyuges.

Corresponde señalar que desde nuestro punto de vista, **la relación de familia no constituye un coto cerrado o una zona franca en la que se puedan cometer daños en forma libérrima.** La vigencia del art. 1319 y ss. del C.C., y en particular el art. 1321 al regular el abuso de derecho, no tiene excepciones que limiten su aplicación en el derecho de familia.

La tutela de los derechos esenciales de la persona, como su integridad psicofísica, su dignidad, su honor, su intimidad... está garantizada por el Estado y el derecho los protege contra todo agresor, aún cuando éste venga de las relaciones de familia. La familia está para respaldar y proteger a sus miembros, no para agredirlos.

#### A) Abuso de derecho en la relación paterno filial<sup>39</sup>

##### a) Presentación del tema

En el ámbito de las relaciones de familia, la relevancia de la figura del abuso de derecho viene teniendo especial destaque luego de pasar por épocas, no muy lejanas, en las que, por ejemplo, con autores como LAQUIS (*El abuso derecho en el ejercicio de la patria potestad*, Buenos Aires, 1996), sostuvieron que la patria potestad es un poder absoluto conferido a los padres para regir la formación espiritual y

39 Ver ORDOQUI CASTILLA, *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, Montevideo, 2004.



mental del menor. Al excluir el abuso de derecho de estos ámbitos, en definitiva, como bien anota ZANNONI ("El abuso de derecho y las relaciones conyugales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16, pág. 127) lo que se buscaba era evitar que los jueces intervinieran en las decisiones de los padres o bien que el Estado no sustituyera a éstos en la relaciones de familia.

Varias disposiciones marcaron una antes y un después en el análisis de este tema, entre las que corresponde destacar la ley 17.823, de 7 de setiembre de 2004 referente al Código de la niñez y de la adolescencia, donde se regularon expresamente distintos derechos de los menores sobre los que es posible analizar eventuales abusos que puedan cometer los padres con relación a ellos.

Cuando la ley 16.173, de 28 de setiembre de 1990, ratificó y aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ello supuso institucionalizar un estatuto de derechos tuitivos del menor que configuraron derecho positivo constitucional, en la medida en que esta norma refiere básicamente a la tutela de los «derechos del niño como persona». El artículo 72 de la Constitución señala que la enumeración de derechos... «no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o derivan de la forma republicana de gobierno». Con la ley 16.137 se ha constitucionalizado la nómina de derechos esenciales del niño, pues esta norma derivó de la forma republicana de gobierno y consagró derechos esenciales del niño. Esta Convención supuso un verdadero «tratado de derechos humanos personalísimos del niño». No fue un adorno, sino derecho positivo y debe tenerse muy en cuenta, y de hecho tuvo su real valía en la vigencia del nuevo Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 17.823 de 7.IX.04, CNA). Sus normas no son derechos meramente programáticos sino normas operativas que requieren ser aplicadas, garantizadas y respetadas. El gran cambio que impusieron estas normas fue que el niño ya no sólo es destinatario de ciertas medidas de asistencia o de protección por parte de los padres o del Estado, sino que aparece como un verdadero sujeto de derecho (WEINBERG, *Convención sobre los derechos del niño*, Santa Fe 2002 pág. 48). Más que un objeto de protección es un sujeto de derechos, y como tal merece una protección y consideración integral en toda la dimensión de su persona.

*b) Abusos en el ejercicio de la patria potestad*

La historia de la patria potestad, como señala JOSSEERAND (*ob. cit.*, pág. 79), se confunde en parte con la teoría del abuso del derecho. La mayor parte de las atenuaciones impuestas a las facultades de los



padres surgieron con el respaldo del abuso de derecho inspirado en que el fin racional y social de esta potestad estaba en proteger el interés del hijo y de la comunidad a la que éste pertenece. Este ajuste en el fin del derecho llevó a atenuar, suavizar, humanizar, socializar, el ejercicio del derecho a la patria potestad. El código Civil no preveía que los padres pudieran ser limitados en el ejercicio de este derecho, salvo casos extremos regulados como causales de pérdida de la Patria Potestad (art. 284 y ss. del C.C.).

Por obra de la doctrina y jurisprudencia el poder del padre fue quedando limitado, priorizando los derechos del hijo y de la familia.

**En el ámbito familiar existe el derecho a la disciplina y a la patria potestad que, por desgracia, en ciertos casos se ejerce en forma abusiva, derivando en lo que hoy se conoce como violencia doméstica.** No es de extrañar que para algunas personas, cuyo mundo se agota en el materialismo o consumismo, caigan en la embriaguez o la drogadicción y ante sus constantes fracasos, descarguen sus frustraciones en el ámbito familiar.

Los expuestos a los abusos de autoridad suelen ser los hijos y las esposas. Los malos tratos que lesionan físico o psíquicamente son cada vez más frecuentes. En miras a la protección de sus miembros la familia deja de ser un "coto cerrado" y aumenta día a día la preocupación por el respeto de los derechos de sus integrantes, especialmente los más débiles.

La conducta abusadora, como lo destaca DUTTO (*Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, 2007, pág. 251), suele presentarse bajo la forma de gritos, humillaciones, desprecio, descalificación, burlas, amenazas, extorsiones, empujones, pellizcos, bofetadas, golpes, etc. La gama de formas de abuso de poder marital o paterno-filial es muy variada. Especialmente destacamos la denominada "**opresión económica**" que ejerce el que tiene el dinero sobre el que no lo tiene y se presta para extorsionar y someter por necesidad.

**Configura un acto de abuso todo lo que afecte a la integridad física o psíquica, causado por agresión, coerción o amenazas, o situaciones de peligro.** La ilicitud que se comete en estos casos está no solo en afectar derechos esenciales de la persona sino que el Estado, según su proceder, puede no estar cumpliendo con sus obligaciones de tutelar la familia e incurrir también en omisión según las circunstancias del caso.

En una primera época, la patria potestad fue concebida sólo como el conjunto de derechos que tenían los padres sobre sus hijos con referencia a la necesaria tutela que sobre ellos debían ejercer, tanto desde el punto de vista moral como material. Como bien lo destacan RIVERO DE ARHANCET, RAMOS CABANILLAS y MORALES FIGUEROLO (*Familia y derecho*, Montevideo, 2004, pág. 164), la patria potestad hoy debe ser considerada como un derecho-deber, un derecho-función, en el entendido de que los derechos que los padres ejercen sobre sus hijos tienen como finalidad cumplir los deberes derivados de su calidad de progenitores, significando ello una reacción contra el sentido originario de la patria potestad en el derecho romano, que confería un derecho irrestricto a los padres frente a sus hijos bajo su potestad, sin que existieran normas que refirieran específicamente a los derechos del hijo enfrentado al poder del progenitor.

En el art. 257 del C.C. se señala que los hijos menores de edad no pueden sin permiso de sus padres dejar la casa paterna o aquella en que los padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública al efecto de hacer volver a los hijos al poder y obediencia de su padres.

Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en todos los actos civiles (artículo 258 del C.C.). Los padres pueden exigir de los hijos que están en su poder que les presten los servicios propios de su edad sin que ellos tengan que reclamar recompensa alguna (artículo 259 del C.C.). Los padres tienen derecho a corregir moderadamente a sus hijos y cuando esto no bastare podrán recurrir aún verbalmente al juez competente para su internación en un establecimiento destinado a ese objeto. El juez, atendiendo a las circunstancias del caso, dispondrá lo que estime conveniente (art. 260 del C.C.).

En este sentido, la patria potestad aparece como el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad (artículo 252 del C.C.). De la normativa del Código Civil surge no tanto que los menores o que los hijos no tuvieren derechos sino que éstos no estaban lo suficientemente aclarados o enunciados.

Este poderío, podríamos decir casi irrestricto, de los padres sobre los hijos, es lo que de alguna manera se ha contemporizado o flexibilizado en la época presente a través de normativa que se preocupó



especialmente de reivindicar al niño y al adolescente como sujeto de derecho. Tal lo que ocurrió con la CDN y el CNA<sup>40</sup>.

Corresponde destacar que mientras el Código Civil presenta a la patria potestad como un poder de los padres, el CNA la presenta como un derecho del hijo a no ser abandonado, importando el respeto de sus derechos esenciales (artículo 9 del CNA).

Los deberes de los padres se concretan en respetar, alimentar, cuidar, orientar, educar y corregir adecuadamente (artículo 16 del CNA). Ciertamente es que el Código Civil ve a la patria potestad como un derecho del padre y no como protección al menor. Luego se cambia enfoque y se orienta el tema no tanto en función de los derechos de los padres sino de la protección de los menores. Ello se advierte en la evolución de las causas de la pérdida de la patria potestad (artículo 284 y 285 del C.C.). Aparece el maltrato como causa de pérdida de la patria potestad, lo que implicó básicamente el primer cambio de la visión que concebía a la patria potestad sólo como derechos y la norma pasa progresivamente a ocuparse de los derechos del menor. A ciencia cierta los padres no tienen derechos sobre los hijos, pues estos son personas y no objetos. No obstante el CDN –art. 3 inc. 2 y 5 y art. 14 inciso 2– habla de los derechos cuando realidad son facultades. Los padres respecto de los hijos tienen más bien deberes y responsabilidades o facultades, pero no derechos como si fuera sobre cosas.

Los padres tienen respecto de los hijos deberes de guarda (art. 257 del C.C. y art. 9.1 de la CDN); de asistencia (arts. 116 y 121 del C.C. y 18 de la CDN); de educación (arts. 258 C.C., 29 de la CDN; y 16 H y 22 E del CNA); de corrección (art. 261 del C.C. y arts. 16 F y 17 A del CNA) y de protección (art. 3 del CNA).

De acuerdo a lo que surge del artículo 267 del C.C., tanto el padre como la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos.

Del artículo 18.1 de la CDN surge que los Estados partes deben garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, e incumbe a los mismos o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño siendo preocupación especial el interés superior del niño.

40 CDN: Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 15.137 de 28.IX.90)  
CNA; Código de la Niñez y Adolescencia, (Ley 17.823 de 7.IX.04).



La figura del ejercicio abusivo de la patria potestad comienza a tomar plena vigencia en la medida de que el orden jurídico reivindica los derechos esenciales de los hijos en cuanto personas. La patria potestad hoy no es más mero autoritarismo sino que se ejerce sobre personas, los hijos, que tienen sus derechos y que deben ser respetados. En otras épocas preocupaban sólo los abusos disciplinarios que pudieran afectar su integridad física o su libertad. Hoy, junto a estos derechos que refieren a la tutela de la integridad física, también aparecen otros derechos como el derecho a la identidad, el derecho al honor, el derecho a la reserva; el derecho a la no discriminación, el derecho a la privacidad; el derecho al esparcimiento y a la vida cultural... Lo que antes se concebía como una relación de imposición del padre sobre el hijo, y ese autoritarismo que antes se justificaba con un fin educativo y formativo, hoy se concibe sobre la idea de una relación de respeto de los derechos y libertades del menor, debiéndose considerar al niño y al adolescente como personas en su plena dignidad, tutelando su desarrollo existencial. En el ejercicio de la patria potestad se puede incurrir en abusos, se puede causar daños injustos que deben evitarse. Casos de violencia; maltrato; abuso sexual; explotación económica; omisión de reconocimiento de filiación en forma voluntaria; restricción innecesaria de libertades...

Como bien lo destaca ANTONELLA DI FLORIO («L' abuso della potestà genitoriale», en *Persona e Danno*, dirigida por CENDÓN, Milano, 2004, pág. 2595) **el abuso de la patria potestad en cualquiera de sus manifestaciones (violencia, maltrato, abuso sexual...) determina un grave daño en el desarrollo psicofísico del menor pues afecta la relación afectiva con el padre, y ello daña el relacionamiento con el mundo exterior.** Estudios psicológicos respaldan la grave dimensión de los daños que se puede llegar a causar al menor en estas circunstancias. Se ha afirmado que los hijos que fueron dañados en relaciones incestuosas quedan turbados sexualmente y con graves enfermedades psiquiátricas; asumen actitudes depresivas, antisociales, psicóticas, con dificultades de comunicación y de aprendizaje, y finalmente se vuelcan al abuso del alcohol, a la droga o a la delincuencia. Con este tipo de daños se termina por afectar la dignidad, la integridad y la salud del menor. Se afectan valores esenciales a la persona humana.

**Los abusos en el ejercicio de la patria potestad se pueden cometer por acciones u omisiones.** Por omisión se producen en los casos en que, por ejemplo, no se realiza la custodia y la guarda debida del menor, dejando al hijo hacer lo que quiera con el criterio equivocado



de que el ejercicio de la disciplina puede causarle en todo caso efectos psicológicos nocivos. Este tipo de omisión en la custodia sobre el menor puede determinar desórdenes sexuales, tendencia a la droga, al alcohol, y finalmente la omisión en la custodia, que se traduce en abandono, genera daños.

**Se incurre en ejercicio abusivo de la patria potestad cuando la autoridad paterna por acción u omisión se aplica al margen de los fines que la justifican y surgen de su misma naturaleza.** Así, cuando se imponen estas exageradas medidas disciplinarias, cuando se obstaculiza injustamente el régimen de visitas, o se limita el deber de asistencia... en fin, se incurre en abuso cuando no se respeta o considera el «interés superior del menor» en el ejercicio de la patria potestad.

El padre no puede ejercer impunemente el derecho de dirección y el derecho de guarda y corrección. Surge del art. 261 del C.C. que los padres tienen el derecho de corregir “**moderadamente**”. La corrección se ejerce por autoridad paterna y por requisitoria o intervención judicial. La norma claramente establece que éste no es un derecho absoluto y que se debe ejercer con moderación. Esta moderación, en todo caso, refiere a que se busque el bien del menor.

Además, respecto a la administración de los bienes del menor, los derechos que ejercen los padres están limitados a la tutela del interés de los hijos, debiéndose evitar los conflictos de interés. El padre debe actuar en interés del menor y no del suyo propio, pues de lo contrario podría ser llamado a responsabilidad por los abusos que se cometieren.

*c) Tutela del «interés superior del niño o del adolescente»*

Existe un criterio rector en el estudio de este tema que refiere a que siempre debe priorizarse el interés del menor, aún respecto de los padres, en todo lo que refiere a su relacionamiento interno, particularmente en lo relativo al régimen de alimentos, de visitas, de tenencia o guarda, de legitimación adoptiva... Como dice CARRIÓN RAMOS («El interés del menor en la jurisprudencia», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 4), las situaciones referidas a menores no causan estado, razón por la cual son realizables y modificables cuantas veces lo aconseje el interés del menor.

En el artículo 3 de la CDN se establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades admi-



nistrativas, los órganos legislativos, se adoptará una consideración primordial en velar por el interés superior del niño.

Cuando se adopte cualquier medida relacionada con ellos, sean administrativas, legislativas o judiciales, siempre se priorizará el interés superior del niño. Esto supone una pauta de conducta a seguir como criterio de interpretación en la normativa que regula el tema.

Los niños, los menores, ya dejaron de ser objeto de protección y son sujetos de derecho. Como lo destaca WEINBERG (*ob. cit.* pág. 100) si se consideran como objeto de derecho, no son sus derechos los que deben ser protegidos sino el niño mismo. A la inversa, considerados como titulares de derechos, son éstos lo que merecen protección. Hoy la normativa ha impuesto el criterio de la protección integral del menor. Una de las manifestaciones más importantes de la tutela del interés superior del niño la tenemos en el artículo 12 de la CDN cuando refiere a la obligación de tomar debida nota de las opiniones de los niños en tanto se hallen en condiciones de formarse un juicio propio, lo que debe ser cuidadosamente evaluado en cada circunstancia.

Se puede causar un daño injusto al menor que no es oído cuando pudo y debió considerarse su opinión, por ejemplo, en lo que refiere al régimen de visitas. En los artículos 35 c y 36 del CNA se establece que el juez al resolver el tema de la tenencia entre padres o por terceros debe oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente (DÍAZ SIERRA, «El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector del interés superior del menor»; en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 15, pág. 187). Los artículos 8 y 16 del CNA se establece que niño tiene derecho de ser oído y obtener respuesta cuando se tomen decisiones que afecten a su vida.

Con carácter general, **el criterio de la tutela del interés superior del niño** aparece reiteradamente en la normativa vigente. Así lo tenemos en el artículo 21 de la CDN cuando establece que los Estados partes que reconocen o permiten el sistema adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial... El artículo 18.1 establece que los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y tendrán en ello la responsabilidad primordial. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. El artículo 3.1 del mismo Convenio establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades... tendrá consideración primordial la atención del interés superior del niño.

En el art. 6º del CNA, bajo el título «Criterio específico de interpretación e integración: el interés superior del niño y adolescente», se establece que para la interpretación e integración de este código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos. En el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, al regular el incumplimiento en permitir las visitas se prioriza el criterio del interés superior del niño.

A este mismo criterio aluden el art. 253 del C.C. y el art. 350. 4 del C.G.P.

En definitiva, interesa destacar que el régimen de la responsabilidad civil es uno de los medios con que cuenta el orden jurídico para proteger y resarcir de posibles daños causados al menor, de forma que se priorice la custodia del interés superior del niño.

Dentro de las medidas de protección a que se refiere el artículo 3 del CNA, y las medidas que tienden a asegurar la efectividad de los derechos del niño y del adolescente (artículo 2 de la CDN), y atendiendo al interés superior de éste, está el derecho a ser indemnizado por los daños que se le hubieren causado en forma injusta aún por los miembros integrantes de la relación de familia.

No han faltado quienes sostuvieron que la protección del "interés superior" del niño o adolescente implica preeminencia sobre los intereses de los demás, inclusive el de sus padres. En este tipo de planteos hay que ser particularmente cuidadosos, pues no se puede olvidar que el interés superior del niño o adolescente se debe compatibilizar y equilibrar con el ejercicio de la patria potestad de los padres. Aquí no se trata de reivindicar el interés superior del niño en desmedro de la patria potestad, pues ello sería un verdadero caos. Tampoco se justifica, como vimos, el ejercicio de la patria potestad en forma abusiva, donde se ignoren los legítimos intereses de los hijos.

Para concluir debemos tener presente que la normativa vigente se centró, quizás en demasía, en el deseo de proteger al niño. Partiendo de la idea de proteger a la infancia aparece el modelo de «niño rey» que conduce a lo que MIZRAHI (Familia, matrimonio y divorcio, Buenos Aires, 1998 pág. 118) denomina como «angelismo»; el niño incorporado a un universo mágico constituido exclusivamente por medidas de protección. Aflora la «cultura del ternurismo» (tér-

mino de DIEZ PICAZO) y el interés de los padres cede ante el interés del hijo, lo que llevado a ciertos extremos puede ser muy peligroso.

*d) Enunciado de daños resarcibles causados al menor*

Sin pretender un enunciado taxativo de los posibles daños resarcibles que se puede causar al niño o al adolescente, referiremos en forma genérica a: I. Daños causados por la lesión al derecho-deber a la integridad psicofísica del menor (maltrato), con particular análisis de los casos de abandono, abuso sexual y violencia física; II. Daños causados por la transgresión al derecho de identidad personal (responsabilidad por el no reconocimiento voluntario del hijo); III. Daños causados por la transgresión del derecho deber de permitir el disfrute de los padres (lesión del derecho de visitas); y IV. Daños causados por la lesión a otros derechos subjetivos del menor.

Sólo estudiaremos aquí los:

**I. Daños causados por la lesión al derecho-deber a la integridad psicofísica del menor (maltrato)**

Hasta no hace muchos años no se concebía la posibilidad de que el hijo pudiera accionar por daños y perjuicios contra los padres por malos tratos o violencia doméstica. El primer paso importante se da en nuestro derecho con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), y se consolida con el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), que reivindicaron los derechos del hijo como persona.

El maltrato, según BERRO - RUECO (*Cuerpos marcados. Violencia contra el menor*, Montevideo, 1983, pág. 87), puede ser físico o moral, por acción o por omisión. No son hechos aislados sino que implican cierta continuidad en la acción o la omisión. Por acción, el maltrato puede derivar de la violencia física, y comprende lesiones que pueden llegar inclusive hasta el homicidio. La violencia también puede ser moral a través de injurias, actos degradantes o limitativos de la libertad y de los derechos del menor. En el ámbito de las omisiones se advierte que se puede configurar la figura del abandono físico cuando no se proporcionan los debidos cuidados o la alimentación, o bien el abandono moral, cuando no se educa o no se tiene afecto para con el menor. Hoy no debemos olvidar que el maltrato puede ser, según los casos, causa de pérdida de la patria potestad (art. 258 del C.C.).

Dentro de concepto genérico de maltrato consideramos incluida la situación de abandono, de abuso sexual, o de violencia psicológica.

## II. Daño por abandono al menor

### *i. Presentación*

Estamos viviendo un período escandaloso de abandono y desprotección de los menores de edad que no es grato considerar, pues puede poner en evidencia en muchos casos culpas propias. Abandonar no significa sólo dejar tirado al niño en la calle. Abandonar es sustituir la función paterna por la televisión; por la niñera de turno... en fin es priorizar lo de cada uno en perjuicio de los hijos. Existe el abandono material y el abandono afectivo o espiritual: muchas veces no se sabe cuál es peor. Podrá decirse que la realidad de hoy, siglo XXI, en muchos casos impone o justifica cierto abandono porque los padres, y particularmente la madre, en ocasiones tienen que atender necesidades laborales que llevan implícitamente el necesario abandono del hijo. Se nos dice que las cosas hoy han cambiado.

La gravedad del tema ha llevado a que se tipificara en el Código Penal el delito de abandono de niños y personas incapaces. En este sentido, en el artículo 329 se dispuso quien abandonare a un niño menor de 10 años o a una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, que estuviera bajo su guarda o a la cual debiera asistencia, será castigado cuando el hecho no constituya un delito más grave, con apenas seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

Se protege en estos casos como bien jurídico la vida y la integridad corporal del menor. En el caso concreto que nos ocupa, por abandono se entiende que el causante se aleja de la víctima, a quien tenía bajo su guarda, y con respecto a la cual tiene una obligación de custodia, traduciéndose este alejamiento en un peligro concreto para la vida, la salud o la integridad del abandonado. En el ámbito específico del Derecho Civil, los padres tienen respecto a los hijos las obligaciones que son propias de la patria potestad (art. 252 y ss. del C.C.).

Si bien de la patria potestad se derivan derechos y deberes que se ejercitan en el núcleo de la familia (padres e hijos), no hay duda de que este ámbito se ve notablemente ensanchado con la preceptiva de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley

16.137 del 28 de septiembre 1990) del momento que involucra no solamente las relaciones del niño con los padres sino también con la familia ampliada y con las instituciones, servicios o establecimientos encargados del cuidado y de la protección de los niños dentro del Estado, en todo lo que concierne al «interés superior» de éste. Así, en el artículo 18.1 de la CDN se establece como garantía de los derechos de los menores el máximo empeño que deberán poner los Estados parte en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño, que incumbe a los mismos o, en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y del desarrollo del niño.

En nuestro derecho, el artículo 285 del C.C., en el texto compilado por la ley 16.603, establece las causales de pérdida de la patria potestad dentro de las que figura el abandono del niño. Así, en la referida normativa se establece que los padres podrán perder la patria potestad a instancia de parte, previa sentencia del juez competente, en los siguientes casos: «7. Si se comprobare en forma irrefragable que durante un año ha hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tal, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les debe». «8. Cuando hicieren abandono de sus hijos y a juicio del Instituto Nacional del Menor sea posible la inmediata entrega en tenencia con fines de posterior legitimación adoptiva o adopción. Para que se configure el abandono será necesario comprobar que los padres no usan el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en términos tales que harán presumir fundadamente el abandono definitivo». De lo expuesto surge claro que cualquier incumplimiento de los derechos, deberes o funciones emergentes de la patria potestad puede configurar una situación de abandono, debiendo constatarse en cada caso concreto si por la entidad o la frecuencia de la insatisfacción de tales deberes se ha infringido un perjuicio grave al hijo, entorpeciendo o frustrando el desarrollo integral de su personalidad.

En el artículo 39 de la CDN se establece que los Estados partes adoptarán medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de trato o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esta recuperación y reintegración se lle-





varán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. En esta misma línea, el artículo 19. 1 de la misma Convención citada establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga su cargo.

Corresponde aclarar que el ámbito de protección a la debilidad del niño no surge solamente de las posibilidades de abandono sino que se alude a la posibilidad de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual cuando los menores se encuentren bajo la custodia de los padres.

### *ii. Formas de abandono*

D'ANTONIO (*Derechos del menor*, Buenos Aires, 1994, pág. 56 y ss.) considera que existe abandono del menor en las situaciones de desprotección o desamparo por parte de los responsables, afectando el desarrollo de la personalidad del niño. Cuando no se suministran alimentos, ropa, educación, atención, medicamentos.... El autor citado (*ob. cit.*, pág. 62), en criterio que se comparte, sostiene que hay abandono cuando unilateralmente no se asiste o educa al menor, aun cuando haya quedado bajo el amparo de otras personas o instituciones. Interesa no sólo el resultado real sino también la exposición al peligro de ese abandono que afectó al menor.

El abandono respecto de los niños o adolescentes se configura no sólo cuando el padre o el responsable "lo deja físicamente" al desamparo, sino también cuando en forma injustificada se dejan de cumplir, sin causa, los deberes esenciales de protección material y moral. El no cumplir con el deber de alimentos (comida, medicamentos, vivienda, vestimenta...), o el deber de visitas, son diversas formas de abandono.

Los deberes básicos del ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos se concretan básicamente en las obligaciones de asistencia y de guarda en función de los intereses superiores del menor. La guarda del hijo está en el deber de no abandonarlo y de protegerlo. La asistencia está en el deber de alimentarlo y educarlo.



En el nuevo CNA se regula expresamente el deber de guarda y protección en los artículos 3, 8, 9 y 15 y el deber de asistencia material en los artículos 16 D y 45 y ss., y de asistencia espiritual en los artículos 12 (disfrute de la familia), 38 y ss.; 16 C, derecho a ser oído, 16 E, derecho a la educación.

Como lo destaca RETA («Omisión punible de los deberes inherentes a la patria potestad», *Revista de Derecho Penal*, N° 4, pág. 55 y 56) el abandono moral del niño se da cuando no se cuida su salud física o moral; se lo deja caer en la mendicidad, vagancia, frecuentar lugares inmorales o de juegos, o estar con gente viciosa o de mal vivir.

En este sentido entendemos que existe abandono por transgredir los deberes de asistencia, de custodia y de convivencia. Así, existe abandono:

- a) Por no proporcionar la asistencia material, sanitaria y espiritual debidas e impuestas por los arts 3, 9, 16 B y 45 y ss, del CNA y arts. 25 y 26 de la CDN.

El deber de asistencia de los padres respecto de los hijos abarca tanto el necesario apoyo espiritual, educacional, como material. BREBBIA («El daño moral en las relaciones de familia»; en la obra *Derecho de Familia en Homenaje a Méndez Costa*, Santa Fe, 1990, pág. 147) sostuvo que el abandono del hijo constituye un hecho ilícito gravísimo que puede determinar la pérdida de la patria potestad del autor del hecho, y justificar la pretensión resarcitoria de los daños morales y materiales que se pudieran haber causado. La patria potestad se debe orientar a asistir al hijo para que culmine su desarrollo biológico, psíquico, social, para lo cual debe satisfacerse sus necesidades afectivas, culturales, sociales y económicas (D'ANTONIO, *Nuevo régimen legal de la patria potestad*, Santa Fe, 1985, pág. 30)

Este deber de asistencia como proyección de los deberes propios de la patria potestad está sustentado en varias disposiciones del Código Civil, como son los artículos 116 y 124 del C.C., así como el artículo 41 de la Constitución de la República.

En el artículo 18.1 de la CDN, además de las normas antes citadas, se establece: «Los padres tienen la obligación común en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del



niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En el artículo 27.1 de la CDN se establece que todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

En esta misma norma se establece que los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho.

En esta línea, luego se aprobaron, entre otros, los artículos 57 y 60 del CNA, donde se previeron especiales medidas para que este deber de asistencia se hiciera realidad. En este sentido, por ejemplo, en el artículo 57 se establece que «la omisión injustificada de los alimentos, cuando el obligado judicialmente a servir alimentos, de acuerdo a las disposiciones de este código que habiendo sido informado judicialmente omitiere prestarlos sin justa causa, podrá tipificar el delito establecido en el artículo 179 A del Código Penal».

Además, el no cumplimiento de los deberes alimenticios puede determinar la pérdida de la patria potestad (artículo 285 inciso 2 del C.C.). En el ámbito de la responsabilidad civil, el no cumplimiento de este deber de origen legal y patrimonial se debe plantear como un caso de responsabilidad contractual, pudiéndose exigir el resarcimiento de los daños, no sólo materiales sino personales, causados por el no cumplimiento de esta obligación alimentaria.

En el artículo 60, bajo el título «Medidas asegurativas de la prestación alimentaria», se regulan normas concretas para asegurar que esta prestación sea una realidad, e inclusive se llega a tipificar el delito de estafa en el artículo 61, para aquel que obstaculice el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Dentro deber de asistencia está el de proporcionar al hijo la debida educación. En este sentido, podemos señalar lo establecido en el art. 258 del C.C., así como lo previsto en los arts. 28 y 29 de la CDN.

- b) No brindar la guarda y custodia debidas frente a los peligros del alcohol, las drogas o el delito (art. 16 F y G del CNA y 33 de la CDN).

La guarda, custodia y vigilancia tienen el fin de evitar conductas que puedan resultar nocivas tanto para los propios in-



tereses del hijo como para las terceras personas. Según las características particulares del hijo y las circunstancias del caso, los padres deberán adoptar medidas de vigilancia concretas para proteger su integridad física, su salud, su seguridad, educación, su integridad psicofísica.

Los padres tienen el deber, y son los primeros responsables, de cuidar el abuso que sus hijos puedan hacer en el consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Aún las drogas cuyo consumo es admitido por ley, deben ser controladas por los padres.

El poder disciplinario en este ámbito es un verdadero deber en beneficio del hijo y de la propia comunidad.

- c) Por no cumplir el deber de tenencia o convivencia. Entre los deberes de la patria potestad está el de la tenencia o convivencia con los hijos. Propio del deber de guarda o vigilancia es el deber de estar o convivir con el vigilado. Hoy, según el artículo 257 del C.C., los hijos no pueden dejar la casa paterna sin permiso de éstos. Sobre el particular, el artículo 9.3 de la CDN establece que, por principio, los niños no deben ser separados de los padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando las autoridades establezcan que tal separación corresponde en protección del interés superior del menor. Cuando se estudie en concreto la responsabilidad de los padres por los daños que causan los hijos a terceros, se estudiará específicamente el alcance de este concepto de guarda o de tenencia que se debe sobre los hijos.

### *iii. Factores de Atribución*

Cuando se transgrede la normativa anteriormente citada se incurre en un ilícito que al estar relacionado causalmente con el daño que se pueda estar generando al menor, determina el surgimiento de la obligación de reparar dentro de lo establecido por el artículo 1319 del C.C. Entendemos que en estos casos opera la hipótesis de responsabilidad subjetiva por culpa del padre.

Ocurre que para que proceda la aplicación del régimen de responsabilidad se tiene que exigir la pérdida de la patria potestad dentro de los parámetros establecidos por el Código Civil.

Debemos recordar que conforme a lo establecido por el artículo 263 del C.C. los hijos no pueden demandar a su padres sino por



sus intereses propios y previa licencia del juez quien, al otorgarla, proveerá al hijo de curador ad litem.

A su vez, debemos recordar que conforme al artículo 259 del C.C. sólo podrán deducir acción para provocar la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad el padre, la madre, los ascendientes, los colaterales dentro del cuarto grado, y el Ministerio Público. También podrán deducirla los tenedores del niño siempre que promuevan el juicio con fin de legitimarlo activamente invocando la causal prevista en el número 7 del artículo 285 del C.C.

Como bien lo establecen NÉLIDA REY y ANTONIO JUAN RINETTI («Responsabilidad civil por abandono» en *Revista Derecho de Daños* 2001/2 pag. 138) existe un límite puesto a la tolerancia que un hijo puede tener hacia su padre; ese límite –cuya movilidad puede depender de la voluntad de hacerlo valer o no por parte de aquel en cuyo perjuicio fue transgredido– está constituido precisamente por la configuración de la causal de privación de la patria potestad. Demandada la declaración de privación de la patria potestad, tal desenlace desencadena todos los efectos propios de la ruptura. Entre ellos la de habilitar la responsabilidad civil por los daños y perjuicios irrogados mediante el comportamiento antijurídico y culpable resultado del hecho grave que produjo el quiebre de la vinculación familiar.

Escindida definitivamente la familia, truncados los lazos paterno-filiales en forma irreversible, puede pensarse en el ingreso prudente y limitado del derecho de daños, el que estará referido esencialmente a hechos concretos que directamente hayan implicado un ataque material o moral grave a la persona del hijo, constituyendo un ilícito reparable en sí mismo y a la vez causal de privación de la patria potestad. Como lo señalan los autores citados, en las relaciones de familia donde lo afectivo tiene absoluta primacía, no se puede implantar la ley del talión y oponer odio donde hubo indiferencia y desapego.

#### *iv. Consecuencias del abandono*

En el tema es el derecho penal el que abre camino tipificando delitos concretos para el padre que omitiere el cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, pudiendo ser condenado con penas de tres meses de prisión a dos años de penitenciaría (artículo 279 A del C.P.). Si el incumplimiento de estos deberes de asistencia llega a poner en peligro la



salud moral o intelectual del hijo menor, el castigo podrá llegar a tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

Cierto es que en el ámbito penal tipificar éstos delitos requiere actitudes dolosas, lo que no sucede en el ámbito civil donde las posibles acciones de responsabilidad civil por daños sólo requerirían culpa.

Surge del art. 43 del CNA que el abandono puede llegar a tener consecuencias sancionatorias patrimoniales. Así, la norma referida destaca que si se incumplen u obstaculizan las visitas, podrá variar el régimen sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que fije el Juez, pudiéndose incluso perder la patria potestad (art. 1279 del C.C.).

Estas consecuencias sancionatorias patrimoniales son astreintes, daños y perjuicios. Si no se cumple con el deber de alimentos injustificadamente, el art. 57 del CNA prevé que se puede perder la patria potestad, lo que no supone que no se puedan aplicar sanciones pecuniarias.

Corresponde aclarar que, como bien lo dice LANGÓN (*Código Penal*, tomo III, pág. 70), la necesidad de los obligados no puede sobreponerse a las urgencias inmediatas e impostergables de los que tienen derecho a ser por ellos asistidos. El ejercicio de la paternidad responsable lleva a priorizar las necesidades del hijo a las propias. Los padres son los primeros responsables del mantenimiento y desarrollo del niño (artículo 18 de la CDN). Los daños civiles que puedan causarse por el posible abandono, sea culpable o doloso, genera la obligación de resarcirlos a cargo los padres. Cuando un padre pierde la patria potestad por abandono a un hijo puede incurrir en delitos penales y responsabilidades civiles en la medida en que con su conducta ilícita haya causado daños resarcibles con el quiebre del vínculo familiar (artículo 285 del C.C.).

### III. Daño causado por violencia psicofísica

Varias son las disposiciones que regulan el derecho del niño a su integridad física o psíquica. En el artículo 19. 1 de la CN se establece que los Estados parte adoptarán medidas tendientes a evitar toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación... mientras el niño se encuentre bajo el cuidado de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga su cargo.



En este mismo sentido, en el artículo 9.1 de la CDN se establece que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que la separación es necesaria en interés superior del niño; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares como cuando el niño es objeto de malos tratos o descuido por parte de sus padres, o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En el artículo 24 del flamante CNA se establece que: «Todo niño y adolescente tiene derecho hasta la mayoría de edad a recibir de los padres y responsables la protección y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral y es deber de éstos el proporcionárselos». En el artículo 15 del referido cuerpo normativo, literal D, se establece que el Estado tiene obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto a toda forma de tratos crueles inhumanos o degradantes, de estímulos al consumo de tabaco o alcohol, inhalantes y drogas que, de situaciones que pongan en riesgo su vida o inciten a la violencia, el uso y el comercio de armas.

BERLANGIERI («El menor maltratado como sujeto de acción de responsabilidad», *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, No. 6, Montevideo, 1991, pág. 114) comienza por destacar que el solo hecho de pensar que un hijo durante una acción de responsabilidad civil contra el padre por los daños que éste le pudo haber causado, genera en principio una repulsión instintiva. Un hijo debe estar eternamente agradecido al padre y madre que lo trajeron al mundo, lo alimentaron y lo educaron. Pero en ocasiones esta realidad presenta aspectos realmente alarmantes. El menor puede ser agredido por el daño que sufre por el solo hecho de vivir el divorcio o separación de los padres, situación que causa perjuicios traumáticos. En ocasiones el niño es víctima de malos tratos, de agravios que lo dañan física, afectiva y psicológicamente. El denominado «síndrome del maltrato» pone en evidencia caracteres del niño que fue dañado. Aspectos exteriores de ser, de actuar evidencian un trauma, un dolor interior que se refleja en ocasiones en ser introvertido, resentido, tener dificultades para el aprendizaje, actitudes antisociales y disminución de la autoestima.

En el artículo 316 del C.G.P. se ha establecido que en casos de peligro, de violencia a la integridad física, el juez de oficio puede tomar medidas de protección de la vida y la integridad física del menor. A estas medidas de corrección o de prevención del daño aluden los artículos 9 y 10 de la ley 17.514 regulatoria de la violencia doméstica. Estas normas establecen que en toda cuestión de violencia doméstica, además de las medidas previstas en el artículo 316 del C.G.P., el juez de oficio o a petición de parte o del Ministerio Público deberá disponer de todas las medidas tendientes a la protección de la vida, integridad física o emocional de la víctima, la libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar. A estos efectos, según lo que surge del artículo 10 de la Ley 17.514, puede adoptar distintas medidas para el cumplimiento de esta finalidad cautelar: «1) Disponer el retiro del agresor de la residencia común...; 2) Disponer el retiro al domicilio de residencia de la víctima que hubiere salido del mismo por razones de seguridad personal; 3) Prohibir, restringir o limitar la presencia del agresor en el domicilio o residencia, lugares de trabajo, estudios u otro frecuente de la víctima...»

No debemos olvidar que los padres tienen derecho de corrección. La tendencia es a admitir cierta violencia moderada con fin educativo. Este poder debe ser ejercido legítimamente de acuerdo a la circunstancia, de forma que beneficie y no perjudique al hijo. El derecho de corrección no autoriza a dañar. En este sentido, el artículo 16 del CNA literal f establece que son deberes de los padres o responsables respecto de los niños y adolescentes: «f) corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados».

Cierto es que los hijos deben respetar y obedecer a sus padres o responsables, pero ello como dice el artículo 17 del CNA, será «siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravenzan las leyes». En este sentido los artículos 261 y 384 del C.C. El problema básico en el tema está en determinar cuándo el castigo es justificado por un fin educativo (BERRO-RUECO, *ob. cit.*, pág. 91). El ejercicio del derecho disciplinario familiar debe ser moderado y si no lo es se convierte en abusivo o ilegítimo. Es abusivo cuando se ejerce no en interés superior del menor y causa más perjuicios que beneficios. Dependerá de la personalidad del menor y de los medios usados para obtener el fin. Ejemplo: si lo queman con un cigarrillo o lo encadena una cama parecería claramente que son medios disciplinarios abusivos.





El deber de corrección integra el deber de educación. Se caracteriza porque debe ser ejercido con «moderación» quedando excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores de edad, poniendo en peligro su seguridad o su salud.

#### IV. Daño por abuso sexual

Otra forma de daño, por desgracia muy frecuente, la tenemos en el abuso sexual que se puede cometer con los hijos generando situaciones de tal gravedad que, inclusive, según los casos, pueden llegar a tipificar delitos penales como es el regulado en el artículo 272 del C.P. (delito de violación), en el artículo 273 (delito de atentado violento al pudor); el artículo 276 del C.P. (delito de incesto); el artículo 274 del C.P. (delito de corrupción), o bien en el artículo 275 del mismo cuerpo normativo (delito de estupro).

BALBELLA - BERRO («Abuso sexual en menores», *R.U.D.F.*, Nº 9, pág. 157) define el abuso sexual como el involucramiento de niños y adolescentes menores de edad e inmaduros en su desarrollo, en actividades sexuales que no comprenden cabalmente y en las cuales no son capaces de consentir en forma consciente. Dentro del abuso sexual están configurado los actos de manoseo, de prostitución, de pornografía, de coito homo o hetero anal o vaginal.

El artículo 19.1 de la CDN establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga su cargo. En este mismo cuerpo normativo, en el artículo 34, se reitera que los Estados partes se comprometen a proteger el niño contra toda forma de explotación o abuso sexual. Con este fin los estados partes tomarán en particular todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multinacional, que sean necesarias para impedir: a) la iniciación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. En el artículo 15 literal a del CNA se establece que el Estado tiene la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto de

toda forma de: «a) abandono, abuso sexual o explotación de la prostitución».

En términos generales el abuso infantil puede ser físico, emocional, sexual o económico.

En psiquiatría se reconoce que el desarrollo psicofísico de los menores en sus primeros años constituye el fundamento esencial de la personalidad futura. Ello condiciona su ser futuro y su desarrollo como persona. El trauma, por ejemplo, de la acción pedofílica cuando el niño está más indefenso, y cuando quienes deben cuidarlo son los que lo dañan, supone un perjuicio realmente grave y doloso, pues se tiene plena conciencia del perjuicio que se causa. El abuso sexual es más destructivo cuanto más intensa y cercana es la relación afectiva entre el autor del abuso y la víctima.

La violencia y el abuso sexual en el mundo interior de la víctima causan verdaderos estragos que se evidencian en algunos parámetros:

- i. Grado de aproximación familiar del que depende la potencialidad del daño: cuanto más cercano mayor es el daño.
- ii. La edad del menor: de ello depende su maduración. Si es menor y tiene menos maduración, el daño es mayor
- iii. Publicidad del acto.

Entendemos que la violencia sexual y el abuso sexual en los menores es pluriofensiva pues afecta al niño y al otro padre, en fin, a la familia, y a la misma sociedad. Opera un daño reflejo, pues afecta la serenidad doméstica o familiar.

Debemos tener presente que en el artículo 3 literal c de la ley 17.514 en la que se regula la violencia doméstica se dispuso que son manifestaciones de violencia doméstica y constituyen delito: c) la violencia sexual, o sea toda acción que imponga o induzca comportamientos sexuales a una persona mediante el uso de: fuerza intimidación, coerción, manipulación amenaza o cualquier otro medio que anule o limite la libertad sexual.

## **B) Abuso de derecho en la relación conyugal**

### *a) Presentación del tema*

En la potestad marital, al igual que ha ocurrido con la patria potestad, en el decurso de los siglos se ha producido una evolución. Se pasó de un derecho de apropiación y dominación a una prerrogativa



concedida no en atención a fines egoístas sino en función el interés familiar y, en cuanto tal, de la comunidad toda. El respeto de la individualidad de cada cónyuge como persona en su plena dignidad, lleva a que en la actualidad exista mayor sensibilidad por determinar abusos ante maltratos o cualquier forma de violencia.

**Se incurre en abuso cuando se actúa con violencia, con intención de dañar, con voluntad de ejercer chantaje en fin, cuando se ejerce, en términos de JOSSERAND (ob. cit., pág. 97) una verdadera "tiranía doméstica".** Como jefe de familia el marido debe usar la autoridad marital en interés de la familia, en atención a los fines legítimos, serios, pues, de lo contrario, estaría actuando con abuso de derecho.

La posibilidad de pensar en que pueden surgir abusos y daños resarcibles causados como consecuencia de lo actuado en el ámbito de la relación conyugal parte de la base de considerar la existencia de ciertos deberes conyugales que son propios de este relacionamiento, así como también la necesidad de contemplar la posible consecuencia de la lesión de derechos esenciales producto de actos perjudiciales que se puedan causar en esta convivencia.

Existen deberes puntuales que surgen de la relación conyugal, como es el caso concreto del deber de fidelidad o el deber de asistencia alimentaria. El Código Civil establece ciertas normas que regulan estos deberes específicos de la relación conyugal pero ello no excluye la existencia de otros deberes que surgen del respeto de los derechos personales de cada cónyuge en su individualidad y en su realidad social. Se pueden transgredir deberes conyugales o lesionar derechos personales del cónyuge, como ser el derecho a la salud, el derecho a la imagen; el derecho a la reserva o el derecho a su integridad psicofísica. Estos deberes no surgen sólo del Código Civil; están también implícitos o expresamente referidos en normas constitucionales y en leyes penales.

Con carácter general –como ya dijimos– se protege la comunidad de vida en la familia, amparando la libertad del cónyuge dentro de sus responsabilidades acorde al deber básico de solidaridad que exige este tipo de convivencia.

Como lo señala FLEITA ORTIZ DE ROSAS («Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges», *Revista Derechos de Daños*, 2001/2, Santa Fe, 2001, pág. 173), los casos en que uno de los cónyuges puede sufrir consecuencias de los abusos en su persona o en sus bienes, por causas que serían jurídicamente imputables al otro, son variadas.

Comprenden, entre otros, tanto los hechos constitutivos de injurias graves, las causales de divorcio, daños causados por imprudencia o impericia, como, por ejemplo, el hecho de chocar el vehículo cuando se va conduciendo y causar un perjuicio al acompañante que en el caso es su esposa.

El debate sobre el derecho al resarcimiento por daños conyugales ha girado, como lo señala el autor citado, alrededor de supuestos de divorcio, y son escasos los autores que se han detenido en el análisis y pronunciado explícitamente acerca de la posibilidad de la demanda de indemnización entre esposos por hechos que no sean específicamente causales de divorcio o al margen del proceso de separación de divorcio. En principio debemos reconocer que es difícil imaginar, en el marco una convivencia matrimonial normal, la promoción de una demanda indemnizatoria por un cónyuge contra otro. Sin embargo, tiene sentido preguntarse si es valioso abrir la puerta a tal tipo de acción, lo cual se proyecta más allá de las relaciones inmediatas de los esposos, pues las eventuales acciones pueden quedar latentes hasta la disolución del matrimonio por muerte o divorcio. En ciertos sistemas jurídicos en miras de la protección de la unidad familiar no se permiten demandas de daños y perjuicios entre cónyuges, dándose prioridad a lo que se denomina orden público interno matrimonial.

Si bien es cierto que el matrimonio es una sociedad de un hombre y una mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente y para llevar el peso de la vida y compartir su común destino, lo cierto y concreto es que hay formas y formas de encarar esta relación humana.

Surge del artículo 127 del C.C. que los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos. Estas normas son de carácter imperativo; en consecuencia, estamos ante deberes que son inderogables, innegociables. Así, por ejemplo, el deber de fidelidad no pueda acordarse o convenirse y disminuirse su verdadero alcance. La autonomía de la voluntad está limitada en lo que refiere a los deberes conyugales. Cuando se transgreden estos deberes y se causan daños, los mismos son relevantes a los efectos resarcitorios y puede exigirse la acción resarcitoria pertinente.

Corresponde aclarar que no cualquier violación a los deberes conyugales causa un daño relevante jurídicamente. Esa lesión que se causa con la transgresión de ese deber debe estar relacionada causalmente con un daño cierto real y probable. El corazón del problema está en determinar si según los casos se prioriza la libertad sobre la



institución familiar, o velamos realmente por la estabilidad y protección de esta. No puede existir en el ámbito de la relación familiar libertad para dañar a la familia y escudarse en la libertad que es propia de esa forma de vida. No debemos olvidar que los derechos deben ejercerse acorde a sus fines o a sus causas. Si ello no ocurre así, se podrá estar ante el ejercicio nocivo de derechos. No tienen los cónyuges discrecionalidad o libertad para alterar los deberes que son propios de su relacionamiento y que constituyen el fundamento de la vida matrimonial. No son deberes éticos sino deberes jurídicos. El matrimonio produce efectos jurídicos

Como lo dice ADALGIZA FRACCON (*Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2004, pág. 91) el rol de los deberes en cuestión es el de sostener y salvaguardar la comunidad de vida, constituyendo en cierto sentido los contenedores de la libertad conyugal, dando una forma elástica, si se quiere, permitiendo el desarrollo de la personalidad y la autorrealización a través de la experiencia matrimonial. La materia prima de estas cuestiones está en la base de la libertad y en la solidaridad conyugal. La respuesta a la transgresión de estos deberes esenciales, y básicamente el dejar de lado la solidaridad de vida en la relación matrimonial, supone una responsabilidad en el plano jurídico. En la relación matrimonial existen derechos y deberes pues el respeto de los mismos beneficia a ambos integrantes. Así, por ejemplo, con respecto a la fidelidad existe el derecho de exigir y el deber de cumplir. Lo cierto y concreto es que el plexo de todos estos derechos y deberes se funda en la función de promoción de la persona en el ámbito de la familia.

Existen derechos y deberes que, como ya dijimos, surgen de la relación matrimonial y otros que surgen de la situación del cónyuge como persona y titular de derechos esenciales y personalísimos, como son el de la tutela de integridad psicofísica, el de la imagen, el del honor y el del nombre...

b) *Daños causados por la lesión al derecho a la integridad psicofísica y libertad*

### **I. Violencia doméstica**

Una de las formas más frecuentes en las que se configuran daños entre cónyuges relevantes jurídicamente la tenemos en las conocidas situaciones de violencia doméstica.

Como bien lo destaca LANGÓN CUÑARRO («La mujer víctima de la violencia en el seno del hogar» en *Revista Uruguaya de Familia*,



No. 2, pág. 70) la violencia tanto en su expresión cruda de fuerza física como en su manifestación de violencia moral, más insidiosa, de difícil prueba, que asume mil maneras diversas de manifestación, desde la simple amenaza de un mal hasta la persecución cotidiana con crueldad mental, presiones, injurias, agravios, desprecios y otras conductas parece ser una constante de la vida moderna que afecta especialmente a la parte más desvalida de la sociedad, que resulta así, en buena medida, víctima latente de acciones criminales.

MILLÁN LASO - SERVIÑO FURTADO («Violencia familiar: un problema social encarado desde distintas disciplinas» en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 8, pág. 187) definen la violencia doméstica como toda forma de abuso que tiene lugar en las relaciones entre los miembros familia entendiéndose por relaciones de abuso a toda conducta que, por acción u omisión ocasiona daño físico y/o psicológico a otro miembro de la familia.

Desde un punto de vista más estricto, la violencia familiar o doméstica alude a todas las formas de abuso que se dan en la relación interna de la familia. Este abuso se caracteriza por ser crónico, permanente, por lo que no estaría incluido, por ejemplo, el caso de maltrato esporádico o infrecuente. La violencia familiar o doméstica no se da sólo entre cónyuges sino que puede darse entre padres e hijos, con abuelos, entre hermanos, etc.

En una época se pensó que dentro de la potestad marital estaba la facultad de castigar a la mujer por sus inconductas, actuándose en un plano de absoluta impunidad. Los graves abusos en el ejercicio de esta potestad llevaron a que se incrementará poco o poco el número de denuncias por lesiones o violencia doméstica en perjuicio de la mujer. Con la emancipación de la mujer y la reivindicación legítima de sus derechos esta situación cambió sustancialmente. Corresponde agregar que si bien la afectada suele ser la mujer no es de excluir que la violencia doméstica, en ciertos casos, se puede aplicar en perjuicio del hombre, lo que tendría similar relevancia.

En nuestro derecho positivo, la denominada Ley de Seguridad Ciudadana del año 1995, N° 16.707, en su artículo 14, modificó el artículo 322 del Código Penal estableciendo que: «El traumatismo, las lesiones ordinarias y las lesiones culposas graves, sólo se castigarán a instancia de parte. El juez o el ministerio público podrán proceder de oficio en los casos de traumatismos o de le-



siones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación. Se procederá de oficio cuando medien las circunstancias previstas en los incisos 3 y 4 del artículo 59 del C.P. Por su parte, el artículo 18 de esta norma se tipificaba el delito de violencia doméstica estableciendo que el que por medio de violencia o amenazas prolongadas en el tiempo causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco con independencia de la existencia de vínculo legal será castigada con la pena de 6 a 24 meses de prisión.

Finalmente, la ley 17.514, de 2 de julio del 2002, reguló especialmente el tema de la violencia doméstica, estableciendo en su artículo 2º que: «Constituye violencia doméstica toda acción u omisión directa o indirecta que, por cualquier medio, menoscabe, limitando ilegítimamente, el libre ejercicio y goce de los derechos humanos de una persona causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho».

Se entiende como manifestaciones de la violencia doméstica, constituyan o no delito: a) la violencia física, o sea la acción u omisión, o patrón de conducta que dañe la integridad corporal de la persona; b) de la violencia psicológica o emocional; o sea toda acción u omisión dirigida a perturbar, degradar o controlar la conducta y comportamiento, las creencias o la decisión de una persona mediante la humillación, intimidación, aislamiento, o cualquier otro medio que afecte la estabilidad psicológica o emocional; c) la violencia sexual, o sea, toda acción que imponga o induzca comportamientos sexuales a una persona mediante el uso de fuerza, intimidación, coacción, manipulación, amenaza o cualquier otro medio que anule o limite la libertad sexual.

Por último, se definió también la violencia patrimonial como toda acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta implique daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, distracción, ocultamiento o retención de bienes, instrumentos de trabajo, documentos o recursos económicos, destinados a coaccionar la autodeterminación de otra persona.

Cierto es que en la última década aumentaron los hechos de violencia en el seno familiar, o al menos aumentó la intolerancia respecto de los mismos. Ello se debió en parte al reconocimiento



y promoción de los derechos de la persona. En la última ley citada se han creados mecanismos para prevenir y para sancionar la violencia doméstica, y si bien no se alude a la aplicación del régimen de responsabilidad civil por daños que se puedan causar a la persona como resultado de la violencia doméstica, no tenemos dudas de que cuando ella causa daños, los mismos deben ser resarcidos. Hoy, en el siglo XXI, se aspira a una familia unida sin coacciones, sin presiones, sin agresiones, que permita el desarrollo personal de sus miembros. El replanteo de esta realidad presupone una revalorización de los derechos personales de los miembros de la familia. La familia no puede convertirse en una prisión ni en un ámbito violento.

Como bien lo sostiene GROSMAN («Responsabilidad civil frente a los hechos de violencia familiar» en libro *Homenaje al GOLD-EMBERG*, Buenos Aires, 1995, pág. 147) los hechos de violencia familiar no sólo lesionan a la persona sino a la sociedad en su conjunto. Existe en este problema una verdadera responsabilidad social de controlar, limitar y eliminar la violencia doméstica, pues no se puede admitir el derecho de dañar en el ámbito de la relación de familia

Es de señalar, además, que la ley 16.735 aprobó la *Convención de Prevención para la Violencia contra la Mujer*, que fue el sustento de la Ley 17.514 de 2 de julio de 2002, por la que se reguló la violencia doméstica en nuestro derecho\*.

No debemos olvidar que en el ámbito de la responsabilidad civil el criterio es el de la atipicidad del ilícito, no siendo necesaria la regulación expresa de las conductas para que a través de ellas se pueda configurar un daño ilícito que deba ser resarcido.

Desde otro punto de vista, la ley 17.514 de 9 de julio del 2002, al regular la violencia doméstica tuvo la particular importancia de clarificar el alcance de la ilicitud de la conducta en el ámbito de la relación de familia, no sólo desde el punto de vista penal sino particularmente desde la óptica del derecho civil, pues permite identificar con claridad cuáles son los deberes de conducta debida en lo que refiere a la coexistencia pacífica que debe existir entre los miembros de la relación de familia. De transgredirse esta norma de conducta debida, como ya se dijera, se puede causar daños resarcibles. La responsabilidad civil nunca dejó sola a la responsabilidad penal, y en ocasiones esta última «abre camino»



y deja ver con claridad zonas en las que la responsabilidad civil debe avanzar más rápidamente.

Es de destacar, desde el punto de vista estrictamente del daño a la persona, que el artículo 2 de la ley 17.514 diferencia claramente lo que es daño físico, daño psicológico o emocional, daño sexual y daño patrimonial, presentando cada uno de los casos como situaciones de violencia.

Corresponde aclarar que en el ámbito de la legitimación activa, para reclamar por daños causados por violencia doméstica aparece la figura del novio, del anciano e incluso la posibilidad de que tales planteos se revisen en el ámbito de una relación concubinaria (artículo 2).

Es objeto esta ley el proteger la integridad psicofísica, moral y la libertad del cónyuge o del conviviente componente del núcleo familiar.

Debemos recordar que otra forma de daño a la persona la tenemos identificada en la denominada sevicia o injuria grave, cuando aparece como causal divorcio en el artículo 148.3 del C.C. Sevicia es todo acto voluntario que causa sufrimiento o maltrato al otro cónyuge. Sin llegar a ser actos violentos hacen intolerable la vida conyugal. Como aclaran RIVERO ARHANCET, RAMOS CABANELLAS, MORALES FIGUEREDO (*ob. cit.* pág. 265), no es necesario que la agresión ponga en riesgo la vida del cónyuge agredido para poder llegar a configurar lo que se denominada injuria grave o sevicia.

Los daños injustamente causados por la violencia doméstica o familiar legitiman a la víctima a realizar su pretensión resarcitoria. Crear sobre el causante del daño impunidades o justificativos inexistentes, lo único que hace es fomentar la violencia, privilegiando ilícitamente al causante del perjuicio.

La violencia familiar puede sí operar como causal de divorcio, presentada su existencia, por ejemplo, como configuración de la causal de injurias graves (artículo 148 inc. 3 de C.C.) o riñas y disputas (art. 148 inc. 6 del C.C.). Para accionar por responsabilidad civil en estos casos no es necesario tener otorgada la separación o el divorcio.

Por último, queremos destacar que en el art. 9 de la Ley 17.514 se adoptan medidas de prevención para el daño que se pueda causar por violencia doméstica, estableciéndose que el juez de oficio o a petición de parte o del Ministerio Público, deberá disponer

de todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, la libertad emocional, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar.

## II. Abandono moral y material

Surge del artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica (ley 15.737), conocido como Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que la familia es el elemento natural fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Por su parte, como ya dijéramos, en el artículo 127 del C.C. (y art. 41 de la Constitución) se establece que los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos. En el artículo 129 se establece el deber de convivencia con carácter recíproco entre el marido y la mujer. Ambos contribuirán a los gastos del hogar (artículo 121) proporcionalmente a su situación económica.

Ambos cónyuges deben colaborar solidariamente en la sustentación del hogar aportando lo que esté a su alcance: alimentos, casa, comida, vestido, calzado, medicinas, educación...

Se produce una situación de abandono no solamente cuando un miembro de la relación conyugal se ausenta del hogar transgrediendo el deber de convivencia recíproca del artículo 129 C.C., sino además cuando no presta los auxilios recíprocos o no brinda la asistencia material o espiritual que debe. Es de señalar que este deber de asistencia recíproca es tan importante que subsiste aún en el caso de separación con respecto al cónyuge no culpable de dicha separación. Surge del artículo 183 del C.C. que el marido debe alimentos en caso de divorcio a la mujer no culpable de la separación.

Este deber de asistencia se fundamenta en la tutela de la integridad física y moral psíquica del cónyuge.

El deber de alimentos concretamente está referido los artículos 116 a 120, 127, 129 y 183 del C.C. Por alimentos se entiende no



sólo, como ya dijéramos, los alimentos propiamente tales, sino la casa, la vestimenta, medicinas, asistencia médica, etc. Este deber de asistencia se funda sobre solidaridad que es natural a la relación de familia.

Se trata de derechos inembargables (artículo 2363 del C.C.); imprescriptibles; no compensables. Según el artículo 122 del C.C. los alimentos deben ser proporcionados al caudal del que los da y según las necesidades del que los recibe.

El derecho a percibir alimentos y las acciones previstas para su obtención, inclusive la posibilidad de pedir astreintes, en principio refieren expresamente a la posibilidad de resarcir los daños y perjuicios que el incumplimiento de este deber de asistencia pueda suponer.

El deber de alimentos se caracteriza por ser de orden público (Pacto de San José de Costa Rica artículo 17.4); recíproco entre cónyuges y entre parientes; de carácter asistencial; se debe durante la convivencia; eventualmente durante la separación de hecho o durante divorcio.

La ley 17.338 de 18 de mayo del 2001, cuando aprobó la «Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer», en el artículo 16 lit. h estableció que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:...

h) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compra, gestión, administración, goce y disposición de bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Ambos tienen los mismos derechos y responsabilidad durante el matrimonio y con ocasión de su disolución en lo que refiere al deber de asistencia recíproca.

Es de recordar que, conforme lo que surge del artículo 329 del C.P., «el que abandonare a un niño menor de diez años o a una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, que estuviere bajo su guarda y a la cual debiere asistencia, será castigado, cuando el hecho no constituya un delito más grave, con pena de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaria». Si bien no se alude específicamente al deber de asistencia entre cónyuges la situación de la cónyuge

abandonada puede asimilarse al caso de una persona incapaz de bastarse a sí misma con referencia a otra que tenía deber de asistencia, cuyo incumplimiento puede llegar a tipificar este delito, pudiendo, además, configurarse un situación de responsabilidad civil.

Existen situaciones de abandono en casos graves donde, por ejemplo, la mujer está embarazada y el hombre la abandona, transgrediendo no solamente el deber de asistencia sino el deber de lealtad, de solidaridad y de fidelidad.

En el respeto del deber de asistencia recíproca está en juego la tutela de la vida, de la integridad psicofísica de la mujer, su misma salud su incolumidad material y espiritual.

No cualquier tipo de abandono configura un daño sino el que en realidad pone en peligro la vida, la salud, colocando a la persona en situación de desamparo y desprotección. Desamparo es aquella situación en la cual una persona no está en condiciones de ayudarse a sí misma sin tener en consideración alguna la responsabilidad de la persona que está afectada por ese estado, por la edad, la fragilidad, la invalidez, la enfermedad, una persona se puede encontrar abandonada. Tal lo que ocurre, como dijéramos, con la situación especial de abandono cuando la mujer está enferma, incapacitada o cuando queda embarazada. El abandono se produce en los casos en que el autor tenía a la víctima bajo su custodia y le debía asistencia.

## 8. ¿ABUSO POR OMISIÓN?

### A) Presentación del tema

MONTANERI ("La Responsabilità civile", en la obra dirigida por SACCO: *Tratatto di diritto civile*, Torino, 1998, pág. 100) considera que la noción de culpa como trasgresión de un deber de conducta resulta clara cuando se estudia especialmente la culpa por omisión. Esta figura exige ubicarnos en el ámbito de las obligaciones de hacer, cuya trasgresión se traduce en un daño. En el tema que nos ocupa centramos la atención en el hecho de que la omisión puede adquirir relevancia precisamente por el ejercicio abusivo de una libertad o del derecho de no hacer.

En el ámbito de la circulación vial adquiere esencial importancia el estudio de la culpa por omisión pues, en la coexistencia propia del uso en común de las vías públicas puede suceder que, por ejemplo,



nos encontremos siendo testigos partícipes de accidentes en los que, necesariamente, se precisa de nuestra colaboración o auxilio a la persona afectada. De ello corresponde preguntarnos ¿hasta qué punto debemos auxiliar? Si no lo hago, ¿en qué casos o a partir de qué momento puedo incurrir en responsabilidad por no colaborar?

La problemática planteada a nivel doctrinario es variada, a tal punto que autores como MAIORCA (Voz "Colpa Civile. Teoria Generale", *Enciclopedia de Diritto*, Milano, 1960, Pág. 302) llegan a considerar contradictorio el concepto de culpa por omisión en el campo de la responsabilidad extracontractual pues sólo en el incumplimiento de obligaciones preexistentes es posible configurar una omisión y fuera de estos casos, las omisiones relevantes dependen, para el autor, de la ilicitud penal (delito de omisión), y si hay un deber concreto de conducta debida, entonces estaríamos en el ámbito de la responsabilidad contractual y no en el de la extracontractual.

**B) Determinación de la obligación de hacer omitida. ¿Puede haber omisión aun cuando la ley expresamente no imponga el deber de actuar? Deber de solidaridad**

*a) Presentación del tema*

Uno de los puntos más trascendentes en el análisis de este tema pasa por determinar si es necesario un texto expreso que imponga un deber de conducta que luego lleve a la omisión. En este aspecto está en juego la libertad individual que tiene todo sujeto de no hacer no pudiendo, en principio, constreñir salir de la inacción a quien quiere conservarla. Este enfoque individualista del problema llevó a considerar la ley como elemento básico para la imposición del hacer, como única forma de que el no hacer pueda, según los casos, adquirir relevancia.

*b) Discusión doctrinaria*

Sobre el tema se ha presentado en la actualidad una interesante discusión doctrinaria entre quienes sostienen un enfoque que denominamos estricto y los que realizan un enfoque amplio del tema.

**i. Enfoque estricto**

La tesis restrictiva, seguida por la mayor parte de la doctrina, se identifica exigiendo para la existencia de culpa omisiva una norma concreta que imponga un deber de actuar. Tal lo que sucede con la normativa que establece el deber de asistencia en caso



de accidente de tránsito. DIEZ PICAZO (*Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 290) sostiene que la inactividad sólo puede ser considerada fuente de responsabilidad cuando se aprecie el incumplimiento de un deber legal o negocial para evitar el daño. ARCOS VIEIRA (*Responsabilidad civil, nexos causal e imputación objetiva*, Navarra, 2005, pág. 128) entiende que estos deberes deben surgir de la ley, del contrato siendo dudoso que estos deberes de conducta puedan surgir de criterios extralegales. Para que la omisión tenga relevancia debemos determinar si existe o no un deber de ayuda o auxilio establecido con claridad por la norma y en qué casos éste puede ser exigible.

A favor de este enfoque tenemos el párrafo de la Constitución que señala, en el Art. 10: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Ciertas normas penales imponen el deber de asistencia a los menores, a los ancianos, a los incapaces o a las personas desvanecidas. Se tipifican los delitos de abandono de niños y personas incapaces (Art. 331 del C.P.) y los casos de omisión de asistencia (Art. 332 del C.P.). De aquí se deduce, quizás confundiendo la forma de razonar penal con la civil y pensando, además, que se debe priorizar la libertad de actuar en caso de duda, que no hay omisión sin que la conducta debida sea impuesta por ley. En definitiva, según este enfoque si no existe norma que imponga la obligación de hacer, en la omisión propia estaría ausente la relación causal como el daño pues la omisión no sólo no es causa sino que tampoco existe posibilidad de imputar objetivamente el daño a su autor.

## ii. Enfoque amplio

Otro sector de la doctrina, en un enfoque que consideramos acertado, se pronuncia a favor de una hermenéutica flexible sin que el deber de hacer dependa estrictamente de la ley. La denominada tesis amplia, reflejada en opiniones como la de MONTANERRI (ob. cit., pág. 106) –que se comparte– quien considera que la obligación de hacer puede surgir de una norma o bien de una situación concreta en que se encuentra la persona, de cuya actuación depende la tutela del interés o de un derecho de un tercero protegido por el orden jurídico.

Por ello este deber existe –continúa el autor– no sólo porque lo marca expresamente la norma sino cuando es aplicable a la situa-



ción un deber de prudencia y diligencia. La jurisprudencia está en condiciones –según este autor– para determinar en qué casos específicamente surge el deber de accionar para evitar el daño injusto a otro.

En estos casos la jurisprudencia no haría más que aplicar el deber de actuar con prudencia, del que se deriva el arte de prevenir el daño que rige sobre aquél que está en mejores condiciones de hacerlo. ACUÑA ANZORENA (“Culpa por omisión y abuso de derecho”, *Rev. La Ley, Responsabilidad Civil* dirigida por TRIGO REPRESAS, Bs. As., 2007, T. II, pág. 241) sostiene que la obligación jurídica de obrar puede surgir no sólo de la ley sino que también puede estar impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos, llegándose incluso a sostener que en ciertos casos la negativa arbitraria de un acto de pura cortesía puede comprometer la responsabilidad.

Cierto es que, en la práctica, la finalidad de evitar o prevenir un daño dio especial destaque a la figura de la culpa por omisión, en cuya aplicación comienza a cobrar vigencia especialmente el respeto a aspectos éticos propios de la naturaleza misma de la culpa.

El criterio restrictivo de que se debe evitar sólo lo regulado o exigido especialmente por la norma, se flexibiliza en vigencia de criterios generales conforme a los cuales cuando se pudo y debió evitar el daño y no se hizo, se puede incurrir en responsabilidad.

En estos casos, el deber jurídico de obrar según opinan ALPA (*Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Nápoles, 1979), FRANZONNI (*Fatti illeciti*, pág. 151), tiene distintas fuentes: normativas, la vigencia de los usos y costumbres, lo derivado de los principios generales o de la buena fe. Estamos ante casos de “inercia negligente”, que puede determinar complicidad en resultados que se pudieron evitar y no se hizo. Existen, con carácter general, omisiones justificadas e injustificadas según el involucrado tenga o no el deber de actuar en cada caso.

PARELLADA («Causalidad y actos de omisión», en *Revista de Derecho de Daños*, 2003/02, pág. 115) afirmó que la exigencia de norma expresa es una influencia del derecho penal, donde este criterio tiene plena vigencia, pero en el ámbito del derecho civil el criterio a seguir debe ser otro. Resulta contrario a la razonabilidad, que es un patrón de referencia en materia jurídica, que alguien

pueda sostener que su omisión es inicua, cuando su acción podía impedir un daño.

En la culpa por omisión –destacan STARCK - ROLAND - BOYER (*Droit Civil. Les obligations*, París, 1998, n. 478)– en materia civil se puede ir más lejos que en materia penal pues no se tienen los límites de la regla “*nullum crime sine legge*”. La vida en sociedad impone a la persona criterios y deberes de colaboración y solidaridad propios de la coexistencia entre seres racionales, conforme a lo que son las circunstancias normales.

La libertad individual no legitima el egoísmo y la indiferencia para con los demás. La pregunta determinante, desde nuestro punto de vista, no es sólo qué impone hacer la norma en ciertas circunstancias sino que se debe determinar cuál hubiera sido en el caso la actitud de un hombre razonable en iguales circunstancias de hecho.

Para incurrir en culpa por omisión no es necesario exigir intencionalidad en la omisión, alcanzando la mera negligencia en el proceder.

Como bien lo destaca TRAZEGNIES (Ob. cit., pág. 92) no todas las omisiones frente al daño de otro dan lugar a una obligación de resarcimiento sino sólo aquellas que no concuerdan con el patrón de razonabilidad en lo exigible para el caso. Nadie puede ser jurídicamente obligado a ser héroe.

### C) “Ejercicio abusivo” de la libertad de no hacer

En nuestro tema es interesante recordar que los derechos y las libertades no son absolutos sino que sólo se pueden ejercer respetando las prerrogativas o fines perseguidos por el orden jurídico ante el reconocimiento de determinado derecho o libertad. Cuando se ejercitan estas libertades o derechos en forma anormal, sea con o sin intención de dañar pero actuando en forma culposa, si tales conductas se relacionan causalmente con un daño puede imputarse la obligación de repararlo. Por cierto que el dicho “quien no hace nada no se equivoca” es peligroso, pues puede ocurrir que por no hacer se causen daños que se deben resarcir. Ejercer en forma abusiva el derecho de no hacer es otro ángulo de enfoque que nos puede ayudar a entender el problema. Las libertades y derechos con carácter general se tienen para ejercerlas conforme a los fines para los que fueron reconocidos. Como bien anotara ACUÑA ANZORENA (Ob. cit., pág. 246), cuando la acción requerida para asistir a otro





que se encuentra en peligro no supone para quien se abstiene riesgo o costo alguno, no es ya la libertad individual lo que se defiende, sino el egoísmo.

ZAVALA DE GONZÁLEZ (*Resarcibilidad del daño*, Bs. As., 1999, pág. 345) sostiene con acierto que la libertad de no actuar tiene los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y estas pautas axiológicas exigen prestar auxilio a terceros cuando hay riesgo para sus bienes personales o patrimoniales si esa ayuda puede brindarse sin peligro propio. Por ello, según este enfoque, hay obligación de actuar siempre que la abstención no implique un ejercicio abusivo de la libertad de actuar o quedar inactivo.

Se comparte lo sostenido por BUERES ("Daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en la obra *Derecho de Daños en homenaje a Mosset Iturraspe*, Bs. As., 1989, pág. 156; y en *Derecho de Daños*, Bs. As., 2001, pág. 535) al afirmar que, cuando con prescindencia de toda noción de culpa se causa un daño mediante una omisión abusiva, habrá conducta antijurídica que responsabilizará al autor de ese acto negativo en virtud del criterio legal de la imputación de abuso de derecho.

En esta línea de pensamiento MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, T. I, Santa Fe, 1997, T. 1, pág. 67) ha sostenido que las omisiones abusivas se encuentran a cada paso, tanto en la responsabilidad por actos ilícitos como en la proveniente del incumplimiento de una obligación. La responsabilidad por omisión ha dejado de considerarse excepcional equiparándosela a la que emerge de la acción.

El tema de la culpa y causalidad por omisión lo desarrollamos en la obra *Derecho de Tránsito, tomo III (Epílogo)*, marcando la idea de que al ilícito o a la conducta reprochable se llega por no asumir la conducta debida, pudiéndose abusar de la libertad o del derecho de no hacer.

En ocasiones, el deber de hacer surge de la propia norma o de deberes de conducta exigibles acorde a la vigencia de principios generales del derecho, como ser el que impone actuar de buena fe. De esta forma, una conducta negativa atípica impuesta a partir de principios generales y fundada en la solidaridad y el bien común, puede configurar una transgresión al deber de no dañar.



SECCIÓN II  
DERECHO COMERCIAL

**9. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO AL USO DE UNA  
PERSONA JURÍDICA**

Con la colaboración del  
**Prof. Dr. Eduardo González Shaban**

**A) Presentación del tema**

El empleo masivo de las sociedades anónimas, junto al crecimiento industrial y desarrollo tecnológico, supuso asumir en ocasiones importantes riesgos. Los caminos ideados para limitar tales riesgos, como la limitación de la responsabilidad patrimonial de las sociedades, fue determinante en muchos casos del auge económico de las sociedades en ciertos países. Ello llevó a que cada vez con más frecuencia se utilizaran estas personas jurídicas (sociedades) en forma abusiva o fraudulenta, generalizándose la necesidad de crear y aplicar medidas de contención a estos abusos como forma de preservar el régimen societario el que, acotado a sus límites, continúa siendo positivo en todo esquema económico y social.

Cierto es que, como señala DOBSON (*El abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1985, pág. 7) los problemas del uso abusivo de la persona jurídica y las derivaciones que ha tenido en la comunidad económica, vienen sembrando desazón en el mercado, tanto en América como en Europa. Con toda lógica y razonabilidad, en el decurso de los años, en los distintos países, sea por obra de la jurisprudencia, de la doctrina, o en ocasiones por disposiciones de la misma ley, se fue estableciendo, con distintos fundamentos, el criterio de que la sociedad se considera, como regla, una persona jurídica pero ello deja de ser así cuando el derecho de uso de esta sociedad es aplicado para afectar el orden público, proteger el fraude, la realización de un delito o infracción, en cuyo caso, lo que se debe hacer es excluir los privilegios de limitación de responsabilidad y considerar a la persona jurídica simplemente como una asociación de personas, sin

responsabilidad limitada, perdiendo su carácter de sujeto de derecho autónomo.

Es frecuente constatar que personas de patrimonio considerable, cuya fortuna es evidente, no tienen a su nombre ni el vehículo automotor que a diario utilizan. También es muy claro que ciertos empresarios amasan fortunas estando vigente la sociedad conyugal y al final, todos sus bienes terminan siendo de sociedades anónimas o puestos a nombre de terceros.

Comenta LÓPEZ MESA (*ob. cit.*, pág. 102), que no son raros los casos en que una persona abre una firma ficticia, a nombre de un testaferro insolvente, colocándose el verdadero dueño, cual un titiritero, detrás de la empresa, gestionando en su beneficio dicha sociedad, realizando todo tipo de aventuras comerciales y financieras. Es en respuesta a estos abusos que se cometen con la aplicación de la figura de la persona jurídica que comienza a tener cada día más importancia y justificación la denominada teoría del abuso de la persona jurídica.

La realidad y la justicia exigen, por principio, que cuando una persona física ilegítimamente, para simular, abusar, defraudar, afectando injustamente a terceros, trata de encubrirse en la forma de la persona jurídica, ésta finalmente se deba desconocer. Esta situación, para algunos, implica el "corrimiento de un velo", de un escudo, pero lo importante es que se debe encarar la realidad imputando las deudas u obligaciones a los patrimonios de quienes son sus verdaderos responsables por el abuso de la persona jurídica.

Incorporando doctrinas de otros países, y al amparo de la ley 16.060, en distintos ámbitos (laboral, fiscal, de derecho de familia,) se empieza a "sospechar cada vez más" de las personas jurídicas y de lo que realmente hay detrás de ellas. Así, en el ámbito laboral, fiscal, penal, en el derecho societario, se constatan situaciones en las que la persona jurídica es utilizada como estrategia para insolventaciones, para defraudar la aplicación de normas de orden público (fiscales o que involucran la relación de familia, etc.).

En el fondo del planteo, una vez más, se enfrentan el valor de la justicia con el valor de la seguridad jurídica, debiéndose asumir el desafío de que prime la cordura y la razonabilidad, con los riesgos que implica también, hacer un "uso abusivo de la teoría del abuso de la personería jurídica".

Desde otro punto de vista, se enfrenta, además, la "forma" con la "realidad" o sustancia, poniendo en jaque en distintos casos el "hermetismo de la persona jurídica" y su misma concepción.



Se enfrentan en los planteos dos grandes concepciones sobre el derecho pues, por un lado, están los formalistas, que piensan que tanto el derecho como la persona jurídica se agotan en las normas, y quienes entienden que el derecho es algo más que el conjunto de normas y de formas, al igual que la persona jurídica.

En este ámbito, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (*Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pág. 9) propone no sólo la consideración de las formas sino ponderar muy especialmente los intereses jurídicos protegidos por el orden normativo, expresados en la justicia objetiva del caso concreto.

Como bien anota BOLDO RODA (*Levantamiento del velo de persona jurídica en el derecho privado español*, Madrid, 2006, pág. 76), el abuso del levantamiento del velo de la persona jurídica puede considerarse como una reacción contra el excesivo formalismo de las construcciones teóricas tradicionales de la persona jurídica, pero esta reacción es de valor relativo pues su éxito depende de la determinación de los casos en que se aplica, y su efectividad estará dependiendo del fin que con su aplicación se busca.

En esencia, todo es un tema de límites y de criterios de aplicación de la referida teoría, de la denominada teoría del abuso de la personería jurídica.

Con referencia a la terminología empleada, la misma es variada pues algunos aluden a los efectos refiriendo a la "desestimación de la persona jurídica", al "levantamiento del velo", a la "inoponibilidad de la persona jurídica", y están quienes, en criterio que compartimos, refieren al tema como abuso de la persona jurídica. Este, desde nuestro punto de vista, es el criterio acertado pues lo importante aquí es limitar un abuso en el uso de las formas autorizadas en principio por el orden jurídico para el cumplimiento de determinados fines. Si encaramos el fenómeno no por su causa sino por sus consecuencias, lo importante en el caso es que de darse el abuso de la personería jurídica cae el principio de la limitación de responsabilidad que está implícito en las sociedades.

## **B) Origen**

En su origen, el problema a estudio parte del desarrollo que han tenido las sociedades anónimas como personas jurídicas y de la limitación de la responsabilidad que con este carácter adquieren.

Con las sociedades anónimas surge un nuevo sujeto de derecho con persona jurídica, patrimonio propio, distinto al de sus integran-



tes, con un nombre, con una personalidad y hasta con ciertos derechos personales, como puede ser la tutela de su crédito y su buen nombre.

El patrimonio de la sociedad lleva a que "no se considere como propio" y determina, en términos de DE CASTRO (*Persona jurídica*, pág. 216), mayor insensibilidad en su manejo. A ello debemos sumar el hecho de que los propietarios (accionistas) de la sociedad pueden estar separados de quienes toman decisiones y de esta forma la sociedad es hermética y autónoma en su operativa.

La concepción formalista de la persona jurídica hace depender su misma existencia del reconocimiento del orden jurídico (del Estado). Esta presentación dogmática de la persona jurídica como algo hermético o cerrado y totalmente diferente y formal, permitió que se usara para defraudar la ley o a los acreedores en otras formas de abuso.

Fueron éstos, precisamente, los que determinaron que se comenzara a resquebrajar la muralla de la persona jurídica.

En el sistema de derecho continental el verdadero impacto en el estudio de este tema comienza en la década del 50, cuando PUIG BRUTAU traduce la obra del alemán SERICK al español, donde se difunde la teoría del Common Law del abuso de la personería jurídica en los casos en que es utilizada para transgredir obligaciones contractuales, defraudar a deudores o burlar la aplicación de normas.

Como señala BOLDO RODA (ob. cit., pág. 31), el afianzamiento de la concepción formalista y del dogma del "hermetismo" de la persona jurídica por ella impulsado, va a ser el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de persona jurídica y de los abusos. La reducción de ésta a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que las integran y distintos a los de la realidad social para la que nació.

Uno de los campos donde más claramente se ha manifestado dicho abuso ha sido el relativo a la utilización de la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas de la limitación de la responsabilidad. Si profundizamos un poco más en este concepto diríamos que asiste razón a DOBSON (Ob. Cit., pág. 3) quien entiende que se trata realmente del abuso de la responsabilidad limitada. Incluso, siendo un poco más precisos y realistas podríamos llegar a concluir que el abuso de la personería jurídica se restringiría exclusivamente al estudio del uso abusivo de las sociedades anónimas

(ya que en la realidad rara vez se constata el abuso de la personería de sociedades comerciales de tipo personal –sociedades de responsabilidad limitada, sociedades colectivas, etc.– ya que al abuso de la personería jurídica va casi indisolublemente unido a la limitación de la responsabilidad y al anonimato, que es exclusivo de las sociedades anónimas con acciones al portador).

El concepto de persona jurídica va a venir en ayuda del levantamiento del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios, quedando a salvo el principio de igualdad.

Como lo señala el autor citado (ob. cit., Pág. 37), calificando a la sociedad anónima como persona jurídica se crea un nuevo sujeto de derecho quien asume la condición de comerciante que posee un patrimonio propio, integrado por las aportaciones de los socios pero distinto al patrimonio particular de éstos, y sujeto a la responsabilidad patrimonial universal del mismo modo que lo están las personas físicas.

### C) Importancia del tema

La vigencia de valores esenciales de nuestra sociedad ha decaído seriamente. En esta oportunidad no nos referimos sólo a valores básicos, como el de la identidad, el matrimonio sino algo más elemental, como el actuar con lealtad, honradez, respeto a la palabra dada. En un determinado momento, en nuestro país, respetar la palabra era esencial o mejor dicho, vital. Como bien dice LÓPEZ MESA (*El abuso de la persona jurídica en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, 2000, Pág. 7) en la época de mi padre o mi abuelo, bastaba un apretón de manos entre hombres de bien para sellar un acuerdo, que luego era escrupulosamente cumplido. El buen nombre de una persona, su prestigio personal, era el bien máspreciado de los hombres de aquella época. La alta moralidad promedio vigente y la repulsa pública que causaba el no asumir la palabra dada, era suficiente para pensar en respetar el acuerdo asumido.

Luego, continúa el autor citado en una brillante exposición, el país cambió o los valores declinaron. Lo cierto es que hoy se valora al “vivo”, al “que no respeta los acuerdos”, al “que no trabaja y depende del Estado”, y al “que se jacta de ganar sin trabajar”, al que logra un crédito que sabe no va a pagar, al que puede esconder su patrimonio de los acreedores a todos estos hoy se los considera exitosos o “los grandes vivos”.

En los últimos veinte años en nuestro país se ha constatado un crecimiento en la cantidad de juicios por fraude, simulación y abuso de la personería jurídica. Por esta razón, pensamos que el futuro de la sociedad y del derecho debe ir en el sentido de combatir al fraude en todas sus formas. Por eso, en lo particular, hemos priorizado en el año 1996 el estudio de la Acción Pauliana; en 1998, el estudio de la Acción Simuladora; en el año 2005, el estudio de la Buena Fe Contractual, y en el año 2008 prestamos especial atención al Abuso de Derecho y todas las derivaciones que tiene esta figura, con especial atención a las que se han caracterizado por volverse instrumentos del fraude, del abuso y de la deslealtad comercial.

Están en juego no sólo los valores esenciales de la sociedad y del relacionamiento humano, sino valores de los que depende el futuro de la realidad comercial y de la economía, como ser el crédito y la seguridad jurídica.

Como bien destaca MOSSET ITURRASPE ("La persona jurídica. Límites, inoponibilidad de la personalidad, penetración. Grupos económicos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 8, Santa Fe, 1995, pág. 123), el mito de la persona jurídica (expresión utilizada por DE CASTRO Y BRAVO), tiene su razón de ser en el "valor desmesurado que se atribuye a la personalidad jurídica".

Las complejidades teóricas, en el cúmulo de exposiciones sobre su naturaleza que llevan a una "desesperanza" de ver claro y a la convicción de lo absurdo de las discusiones. Empero, continúa el autor, ese mito "vacío de realidad", es el que impide o dificulta observar las verdades a las que el vocablo refiere: designar y justificar al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección igual a la atribuida a la persona natural. Sin embargo, el escándalo producido por alguna de estas personas –morales, ideales, místicas o sociales– es tan grande que alcanza para romper el mito de la persona jurídica. Bajo el manto protector de la condición de persona jurídica, las organizaciones se hacen coto cerrado donde rige la ley de la mayoría del capital votante (pseudo - democracia) y se aíslan masas patrimoniales del mismo verdadero dueño de todas las acciones (empresario oculto) dueño de la sociedad, socio tirano.

Nos preguntamos de qué sirve todo el sistema jurídico y las mejores normas si cuando llegan al final de la historia, el incumplidor ejecutado y condenado obtuvo el éxito de aparecer como insolvente frente al derecho, chocando de frente ante personas jurídicas que, al principio eran solventes pero cuyo patrimonio, por arte de magia, luego se esfumó, careciendo de respaldo para responder.

## D) El concepto de persona jurídica

### a) Presentación del tema

El ejercicio de derechos de asociación entre personas permite realizar actividades que en forma individual no serían posibles, permitiendo aunar esfuerzos y capitales con los que desarrollar actividades necesarias para el desarrollo socioeconómico de un determinado grupo de personas. Cuando a este grupo operativo se lo reconoce jurídicamente en su autonomía, asume la forma de persona jurídica. Este reconocimiento es un acto de creación del derecho.

Este instrumento jurídico es reconocido porque responde a un fin lícito.

Pocas figuras jurídicas han generado tanta polémica y diversidad de opiniones como la naturaleza jurídica de la persona jurídica. Sobre esta polémica sería tedioso un desarrollo completo por lo que referiremos sólo a las figuras más relevantes.

En este sentido estuvieron quienes asumieron una tesis negativa, los que la reconocen como una ficción, los que la ven como una realidad, y los que sustentaron la denominada "tesis de la entelequia jurídica".

#### i. Tesis negativa

Se niega la persona jurídica o entes distintos al ser humano. Se sostiene que no es posible diferenciar bienes que no sean propiedad de personas o establecer que hay bienes sin dueños. Los bienes de la sociedad son bienes de los socios. Sólo el hombre es capaz de voluntad y es el único que puede ser sujeto de derecho. Ante quienes como PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1959, pág. 262) entienden que la persona jurídica no existe y que no es más que una creación conceptual porque en realidad los derechos y obligaciones de las personas jurídicas corresponden a personas físicas verdaderas, están quienes piensan que estas personas jurídicas realmente existen y que son una ampliación legítima del sistema jurídico del orden mundial, siendo las ventajas de su existencia superiores a las desventajas.

En la práctica ocurre que, cuando se invoca a determinada persona jurídica como deudora o acreedora, se piensa en las personas que la integran y uno asocia, por error, dos imágenes como correspondientes a la misma realidad cuando realmente ello no es así.



## ii. Teoría de la ficción

Sostiene que las personas jurídicas tienen sólo existencia ideal, siendo, en esencia, ficciones creadas por el legislador.

Una de las creaciones más fascinantes del derecho es la de la persona jurídica. Desde 1900, por las enseñanzas de SAVIGNY (*Sistema de derecho romano actual*, Madrid, s/f, t. II, pág. 240), se utiliza el término "persona jurídica". Se trata de una creación del derecho o un artificio de la técnica jurídica. Es una figura admitida con un fin jurídico. Creación de existencia ideal a lo que realmente no la tiene. El calificativo de "jurídica" aporta poco, pues es tan jurídica la persona física como la denominada persona jurídica.

Para SAVIGNY, la persona jurídica es una creación jurídica de simple ficción que opera como un centro de imputación de derechos y obligaciones, una apariencia sin consistencia real. Textualmente señala que: "la capacidad jurídica fue demostrada por nosotros como coincidente con el concepto de hombre singular. Ahora la consideramos como extendida a sujetos artificiales, creados por una simple ficción. Tal sujeto es llamado por nosotros "persona jurídica", es decir, persona que es solamente admitida para una finalidad jurídica. En ésta encontramos un nuevo sujeto de relaciones de derecho, además del hombre singular" (SAVIGNY, *Sistema del diritto romano*, Pág. 240, Torino, 1888).

La finalidad jurídica para la que es admitida la persona jurídica en cuanto ficción es el poder contar con un centro ideal y unitario de referencia jurídica. Es decir, una expresión lingüística que identifica esta fantasmal ficción o centro formal para el efecto exclusivo de atribuirle derechos y deberes.

Como bien señala FERNÁNDEZ SESSAREGO (*La persona jurídica*, Lima Perú, 1990), la tesis de SAVIGNY, como consecuencia su propio planteamiento de reducir a sólo el ser individual, deviene en un artificio formal que contradice lo que es el derecho, en el cual una comunidad de seres humanos –vivos, palpantes– regulan valiosamente sus propias conductas, ya sea a través de normas consuetudinarias o formales.

El derecho es siempre, y necesariamente, vida humana social. Una exigencia de su propia naturaleza de "ser social", de su dimensión coexistencial.

## iii. Teoría de la personalidad real

Con el iusnaturalismo, autores como GROCIO, PUFENDORF, sostuvieron que el pueblo o la ciudad tenían un cuerpo moral, un



espíritu, y eran seres morales. OTTO VON GIERKE considera que la persona jurídica tiene naturaleza supra individual. Es una persona efectiva y concreta como la persona individual. Su alma está en la voluntad común y su cuerpo en el organismo asociativo que la dirige. Este enfoque entiende que desde el punto de vista filosófico o antropológico las únicas personas son las humanas, pero desde el punto de vista del derecho hay otros entes capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones por lo que, para el Derecho, son verdaderas personas.

El realismo, como corriente de pensamiento en el derecho, ve en la persona jurídica la protección de intereses merecedores de tutela que responden a un grupo de personas y a un interés merecedor de protección. La persona jurídica es una concepción técnica usada por los juristas para justificar ciertas necesidades.

El ordenamiento jurídico no crea la persona jurídica sino que se limita a su simple reconocimiento. Este autor tiene el mérito de haber reconocido en la persona jurídica no una ficción sino una realidad. Pero el error de este planteo se encuentra, sin embargo, en sostener que la realidad de la persona jurídica es una existente por sí misma, anterior al reconocimiento del orden jurídico.

#### **iv. Teoría de la enteología jurídica**

Se parte de la idea de que la persona jurídica sólo puede tener realidad jurídica pues es una enteología o creación jurídica.

FERRARA (*Teoría de la persona jurídica*, Madrid, 1929, pág. 333 y 336), comienza por reconocer que el concepto de persona jurídica surge de la compenetración del derecho romano, del derecho germánico y del derecho canónico. La persona jurídica es una forma que se da a un fenómeno asociativo de personas que persiguen un fin común. Como este conjunto de personas persiguen un fin tutelado por el derecho, es que se les da la forma de persona jurídica. Lo relevante no son sólo las personas relacionadas sino el fin común aceptado y aprobado por el sistema jurídico.

El legislador, cuando reconoce a la persona jurídica, es porque la encuentra en la realidad social, la modela y la plasma como un ente único dándole su propia individualidad jurídica. La persona jurídica no es un instrumento técnico del laboratorio jurídico. El legislador ha encontrado esta forma rudimentaria en la vida, y no hay hecho más que seguir la norma de la concepción social.

La persona jurídica es una forma jurídica. No es una cosa sino una forma de ser de las cosas. Es la forma jurídica a través de la



cual ciertos sujetos se hacen presentes en el derecho. Es una unidad intelectual sintética que no existe separada de la voluntad de sus miembros.

En definitiva, para el autor, la persona jurídica es la forma jurídica mediante la cual ciertos grupos de personas se hacen presentes en la vida del derecho. Es la configuración legal que estos grupos asumen para participar como tales en la vida social. Es así que la personalidad es una marca o huella jurídica que viene del exterior y se sobrepone a los fenómenos asociativos (FERRARA, ob. cit., Pág. 322).

Para este autor cuando el ordenamiento jurídico concede calidad de persona a entes que no son seres humanos, debe tenerse en cuenta que esta atribución de personalidad no es otra cosa que una forma de realización del interés humano.

HANS Kelsen (*Teoría pura del derecho*, México, 1993), presenta una teoría formalista, arraigada de la realidad de la vida, donde la persona aparece como un "centro ideal de imputación de normas". La persona y los valores son para Kelsen extraños al derecho. Son simplemente elementos metajurídicos.

ASCARELLI - Kelsen realizan una propuesta normativa que ve a la persona jurídica como centro de imputación jurídica y un instrumento importante para el desarrollo social y económico. Pero esta normativa se respalda en una actividad y la tendencia a un fin, por lo que la sociedad o la persona jurídica es algo más que normas o formas.

No debemos olvidar que el derecho sólo regula conductas humanas, por tanto, en la persona jurídica se regula la conducta de quienes están actuando en o por la persona jurídica. En este planteo, en el ámbito de su teoría pura, tanto la persona física o natural como la persona jurídica o colectiva, participan de la misma estructura formal. Ambas personas resultan ser tan solo, como está dicho, "la unidad del conjunto de normas".

**En nuestra opinión**, la propuesta de Kelsen, en realidad, lleva a que todas las personas sean una ficción, desconectándolas de la realidad, incluso a la persona humana la concibe desconectada de la realidad antropológica lo que supone, en términos de LLAMBÍAS (*Tratado de derecho civil*, t. II, Parte General, Buenos Aires, 1993, pág. 19) una tesis francamente repudiable.

El derecho debe reconocer la socialidad de la persona, estando a su servicio y no ésta al servicio de aquel o de quien lo maneje.



La propuesta de KELSEN, en extremo formalista, lleva a convertir el derecho todo en ciencia ficción pues, en la medida en que se desconoce la realidad, no tiene razón de ser. Acierta DE CASTRO Y BRAVO (ob. cit., pág. 23) cuando señala que la existencia real de la persona jurídica comienza por el contrato social que crea una relación obligacional que refiere a aportes de los socios y la existencia de un ente independiente que no depende de la voluntad de cada uno de los miembros sino de las decisiones de sus organismos.

El error de concebir a la persona jurídica sólo como sujeto de derecho y obligaciones, desde un punto de vista formal, se pasó a considerarla sólo como algo ideal cuando, en realidad, no es así. La persona jurídica es algo más que forma. Tiene una realidad subjetiva y patrimonial clara, con una organización propia que la diferencia de los hombres que la constituyen. Para el autor (ob. cit., pág. 34), la nota característica y diferencial está en que existe en función de un fin lícito diferente y superior que determina su accionar y es la razón de su existir.

Cossio (*La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1994, pág. 484) critica la postura de KELSEN diciendo que ha deshumanizado al derecho y que ha olvidado la ponderación de los valores que son los que otorgan sentido a la existencia humana y por consiguiente al derecho.

Para este autor la persona jurídica o colectiva está conformada por conductas de seres humanos individuales mediante el facultamiento mediando el orden jurídico.

La persona jurídica no tiene otra existencia que aquella propia de los seres humanos individuales que la integran.

ASCARELLI (*Probleme giuridici*, Milano, 1959, pág. 253) considera que la persona jurídica es una entidad del mundo real que el ordenamiento jurídico se limitará a reconocer y, por consiguiente, a atribuirle situaciones jurídicas subjetivas.

En definitiva, lo que se constata es que en la actualidad se está consolidando en la doctrina una corriente que ve en la persona jurídica no solamente su dimensión formal sino que es, ante todo y primariamente, una organización de personas que persigue fines signados por uno o más valores. Valores que otorgan sentido tanto a la acción del ser humano individualmente considerado como a las agrupaciones de personas a quienes une una actividad en común tras una finalidad relevante.



*b) Crisis de la persona jurídica*

Como bien lo anota FERNÁNDEZ SESSAREGO (ob. cit., pág. 34) el concepto tradicional de persona jurídica en su concepción formalista entró en crisis, o como señala DE CASTRO Y BRAVO (*La persona jurídica*, Madrid, 1991, págs. 21 y 112) se verifica una "deformación del concepto de persona jurídica" y por ende una verdadera ofensiva contra el concepto de la misma. La constatación de esta realidad es trascendente para entender cómo en su lugar entra en auge la denominada teoría del abuso de la personería jurídica. Se asume rápidamente que la persona jurídica es algo más que una forma o un ente ideal vacío de contenido y realidad. El creciente uso irregular de este instituto lo ha convertido en un "escudo protector de fraudes ostensibles", lo que determinó la ofensiva contra la misma persona jurídica.

La necesidad de la teoría del abuso de la persona jurídica surge por el auge que en su momento tuvo el enfoque meramente formalista de la persona jurídica, teniendo por fin levantar el velo (dejar de lado la forma), para ir a la realidad que está detrás de las formas.

La persona jurídica, desde el punto de vista real, es una organización de sujetos o personas que actúan en función de un fin común, a través de una actividad regulada por el derecho. Aparece su dimensión fáctica, axiológica y formal.

Cuando se usa indebidamente de la forma, ésta pierde vigencia y lo actuado cae sobre quienes se protegían indebidamente bajo dicha forma.

Esta explicación es posible debido a un enfoque realista de la persona jurídica, pues si ésta en realidad fuera sólo forma, dejando de lado la forma no habría nada y, no obstante, lo hay e incluso están quienes deben asumir la responsabilidad de su conducta.

BORDA (*La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Buenos Aires, 2000, pág. 23) señala que la crisis de este instrumento jurídico comienza cuando se pretende abstraer o separar la forma de la realidad, prestándose para fraudes o actividades ilícitas, La irresponsabilidad personal de los que la utilizan fue lo que se prestó para el fraude.

La crisis se produce cuando los beneficios con que cuentan los que utilizan la persona jurídica no son usados para los fines correctos. La barrera infranqueable o la muralla levantada entre la persona jurídica y sus miembros, fue lo que llevó a la crisis del instrumento.

El privilegio de la irresponsabilidad personal se vuelve irritante cuando la persona jurídica se usa con otros fines. No se crea o reconoce como manto de impunidad sino como instrumento al servicio del desarrollo socioeconómico.

El abuso de las formas y de ciertos criterios que por error fueron considerados dogmas inmutables, determinaron situaciones de crisis y reacción por los abusos a que se puede prestar el mal uso de estas formas desconociendo la realidad. Elegir según la conveniencia si me presento como persona física o jurídica, permite un sinnúmero de posibilidades para incurrir en fraudes, abusos o ilegalidades.

Aparece la figura del testaferro, del prestanombre, del hombre de paja... indicando a las claras que alguien actúa a escondidas, sin dar la cara, y cuando ello ocurre no suele ser buen indicio de transparencia.

Creemos que no existen velos que levantar sino simplemente actos no imputables a la persona jurídica por ser irregulares. Si no se cumplen los requisitos para que el proceder de la sociedad o de la persona jurídica cuente con responsabilidad limitada, en el caso concreto ésta pasa a ser ilimitada y cae sobre sus integrantes.

Como lo destaca ASCARELLI (ob. cit.) la persona jurídica es sólo una forma de expresar cuál es en el caso la normativa aplicable y que depende de la forma de proceder de los hombres que la conforman.

FERNÁNDEZ SESSAREGO (ob. cit.), entiende que en la persona jurídica, como en cualquier institución jurídica, se hallan inexorablemente presentes, en dinámica conjunción, la vida humana, los valores y las normas. No se concibe ninguna institución en las que esté ausente ninguna de estas dimensiones en que consiste el mismo derecho.

*La inoponibilidad es, como es sabido, un supuesto de ineficacia* relativa: el negocio jurídico celebrado en el caso, el negocio creador de la persona jurídica, produce efectos entre los miembros, socios e integrantes, pero no los produce frente a ciertos terceros.

Como anota MOSSET ITURRASPE (ob. cit., pág. 127), se despliegan unas consecuencias diferentes para distintos grupos de personas o diferentes círculos de interés. El ordenamiento, en atención al interés comprometido, borra ciertos efectos sin prejuzgar sobre otros.

La crisis de la persona jurídica es determinada por el auge del principio de la buena fe y la transparencia en las relaciones interpersonales en una sociedad cansada de la mentira y las falsedades o las apariencias.

c) *Funciones de la persona jurídica*

LÓPEZ MESA (ob. cit., Pág. 33) considera que la función técnico-jurídica de la persona jurídica es asignar una titularidad jurídica (sujeto de derecho) determinando donde no lo hay, constituyendo un centro de imputación normativa de las consecuencias de la actividad de este ente ideal. Se debe tener en cuenta que en la persona jurídica o en las sociedades concurren tres centros de interés: a) el de sus socios; b) el de los trabajadores; y c) el de los clientes o el público que consume sus productos o servicios. De lo expuesto se deduce que no se puede ignorar una clara función social de la persona jurídica.

También desempeña una clara función económica en la medida en que sea bien utilizada y se convierta en un punto de desarrollo económico en beneficio de la sociedad. Sobre este aspecto se ha suscitado cierta polémica pues para algunos, las personas jurídicas son dignas de elogio pues en ellas se funda el moderno capitalismo y el progreso económico. Ellas lograron captar y empujar capitales improductivos a las empresas para que éstas se pudieran desarrollar. Permitieron que se crearan grandes empresas con el asombro de todos, y no faltaron autores que las consideraron "el mayor descubrimiento de los tiempos modernos", inclusive más precioso que el vapor y la electricidad (ESGARRA, RAULT; *Les sociétés commerciales*, París, 1951, nº 504, citado por DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 213).

Lo maravilloso es que libera de responsabilidad personal al accionista. Aparece como un nuevo ser con capacidad independiente, con nombre, con domicilio, con patrimonio, con derechos personales (derecho al prestigio, al buen nombre); puede tener derechos intelectuales (derecho de autor) e, incluso, adquiere nacionalidad pudiendo valerse de los beneficios que le otorgue el país en cuestión.

Pero, como bien anota DE CASTRO Y BRAVO (*La persona jurídica*, Madrid, 1991 pág. 99), si bien la persona jurídica puede ser presentada desde el punto de vista positivo como factor de desarrollo de las empresas en el mundo moderno económico, no podemos ignorar que también ello se ha vuelto en la principal causa de la crisis del concepto mismo de la persona jurídica en la dogmática moderna, pues comenzó con la pérdida de confianza de los dogmas tradicionales que sustentaban un poder absoluto de la autonomía de la voluntad, con consecuencias cada vez más evidentes de los abusos a que ello se prestaba.

Pronto surgió el gran interrogante: ¿cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial ni buscan el interés gene-



ral, y sólo persiguen el interés de enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de un patrimonio que queda exento de responsabilidad?

Los abusos para los que se prestó la autonomía privada y el uso de la figura abstracta de la persona jurídica, determinaron el renacer de una concepción realista.

Si bien es cierto, hasta determinado punto, que el uso de la sociedad anónima es de utilidad para promocionar el desarrollo económico y la inversión, este lado positivo tiene una grave sombra. Ocurre que el denominado desarrollo industrial finalmente queda en manos del sector que financia, y éste es el que finalmente controla las sociedades, creando grupos económicos en los que la finalidad no es el desarrollo económico sino la obtención de beneficios para terceros países. El sector financiero, en términos del autor citado, termina por esclavizar al sector productivo con graves trastornos a la economía en general. Ello a tal punto que, como destaca GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, t. II, pág. 64) se da la paradoja de que las sociedades son manejadas por quienes no son dueños del capital.

El uso de la sociedad anónima permite que sea manejada por quienes desde el anonimato gozan de la libertad de responsabilidad civil y penal que puede afectar sólo al que da la cara como industrial, comerciante o socio colectivo.

En nuestra opinión, la persona jurídica es un instrumento jurídico que bien utilizado puede ser de importancia para el desarrollo económico y social de un país. Mal utilizado, se presta para abusos y fraudes altamente nocivos, de aquí que los controles sobre su operatividad deben ser equilibrados y firmes pues de ellos depende la pervivencia misma del instituto, de todo el derecho societario y de la misma seguridad jurídica.

*d) Caracteres de la persona jurídica*

DE CASTRO Y BRAVO (ob. cit., pág. 272) enuncia los caracteres de la persona jurídica que marcan su identidad:

- a) tiene legitimación jurídica para obrar, pudiendo adquirir bienes y ejercitar acciones;
- b) tiene una estructura especial conformada por estatutos, representantes y órganos de dirección y administración por los que actúa.



- c) Debe responder a un objeto lícito y a un fin reconocido por el derecho;
- d) Sus bienes forman un patrimonio personal separado de cada uno de sus miembros;
- e) La persona jurídica, para su nacimiento, debe partir de un acuerdo de partes destinado a crear la relación jurídica asociativa. No se está supeditado a la registración, acto este que solo tiene por fin la oponibilidad a terceros.

Lo peculiar del caso es que este tipo de contratos asociativos da lugar por sí a la existencia de personas jurídicas. Tal lo que surge del art. 2 de la Ley 16.060, el que, bajo el título "Sujeto de Derecho", dispone: "la sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley".

Cierto es que el art. 8 de la misma ley 16.060, complementario del art. 2, establece que las sociedades se consideran regularmente constituidas con la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Ocurre que la publicidad no es requisito constitutivo sino de oponibilidad y de eficacia respecto de terceros.

Corresponde sí, diferenciar dos momentos, el de su constitución o perfeccionamiento y el de la oponibilidad a terceros que es, precisamente, el que se logra con la registración.

*e) Derecho positivo*

Hacemos una breve referencia a la persona jurídica en las sociedades civiles y comerciales.

En el ámbito civil debemos tener presente el art. 21 del C.C. donde se preceptúa: "Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas, y por consiguientes capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública".

A la persona jurídica de las sociedades comerciales alude el art. 2 de la Ley 16.060 anteriormente citado al establecer: "El derecho reconoce este instrumento jurídico mientras respete su objeto y los fines lícitos previstos por la ley. Si se aparta de este fin y objeto lícito, se debe prescindir de la persona jurídica".

Se asume que cuando se crea una sociedad comercial se crea un sujeto de derecho diferente de los socios. En su origen, el artículo 19 de la ley 10.723 (Ley de Registros Públicos) declaró que las socieda-

des comerciales constituidas de acuerdo al Código de Comercio, son personas jurídicas de interés privado. De aquí se dedujo, en un principio, que sólo las sociedades comerciales regulares eran personas jurídicas pues respetaban todas las exigencias del código de comercio. Luego el art. 2 de la ley 16.060 dispuso en términos generales que las sociedades comerciales son sujetos de derecho y a su vez, reguló en el artículo 189 lo que en esencia es el abuso de la persona jurídica, marcando específicamente límites y la necesaria sistematización entre el art. 2 y el art. 189.

La persona jurídica surge desde el momento en que se acuerda constituir la sociedad, sin que sea constitutivo el requisito registral, y su capacidad se determina por lo que marca esta ley. En este sentido, la sociedad en formación (art. 19 Ley 16.060), las sociedades regulares o de hecho (art. 26 y ss.) tienen su capacidad limitada.

La ley reconoce este instrumento técnico para que un grupo de individuos puedan entre sí lograr los fines lícitos que se proponen con una asociación, a los que no pueden acceder actuando individualmente.

Así, la persona jurídica es una realidad jurídica y no una ficción de la ley que puede actuar sólo dentro del ámbito marcado por la ley y los estatutos societarios. El art. 2 ya citado marca la independencia de la persona jurídica respecto de sus integrantes, utilizando el término "sujeto de derecho" para referir a la persona jurídica.

Es clara la norma en el sentido de que el ser sujeto de derecho la persona jurídica depende de que se respete el contrato social y la ley; o sea, la persona jurídica es tal sólo si actúa dentro de sus límites. Más específicamente advertimos que cuando el art. 2 se remite al límite legal, alude al "alcance fijado por esta ley". O sea, la ley de sociedades comerciales tiene vigencia prioritaria en esta limitación. Así, el reconocimiento o la atribución de la persona jurídica y sus capacidades depende, en todo caso, del respeto de la ley.

Por último, corresponde destacar la importancia de la Constitución de la República en el origen de la persona jurídica al regular el derecho de asociación en su artículo 39.

Este derecho de asociación tiene en esta norma un contenido programático que se concreta no sólo en que se respete este derecho de crear asociaciones sino en que la ley establezca y se acate cómo se crean, organizan y actúan.

Estas asociaciones, para actuar como tales, necesitan de persona jurídica y presuponen la posibilidad de acceder a ella para ser ope-



rativas. Es claro que la Constitución tutela el derecho a asociarse que no supone, necesariamente, derecho a tener persona jurídica pues ello va a depender de que se respeten las exigencias legales.

*f) Privilegio de la limitación de la responsabilidad*

Con frecuencia constatamos que las sociedades son o se vuelven insolventes, no pudiendo los acreedores cobrar sus créditos.

El orden jurídico parte de ciertos paradigmas o verdades que da por ciertas sin considerar realmente si ello es así. En lo que refiere al perfeccionamiento de un contrato, el Código Civil presupone que todos somos iguales y libres y que lo que se decide es justo. En otro orden, se entiende que toda persona tiene un patrimonio siendo éste único, indivisible, inalienable. Se integra con sus activos y pasivos, por el capital que tiene la persona después que paga sus deudas. Según el art. 2372 del C.C., el patrimonio es la garantía común de los acreedores, o sea, responde de las deudas. Cuando se asume una obligación se contrae en todo caso una deuda y una responsabilidad. La deuda depende de la voluntad del sujeto al obligarse, pero la responsabilidad surge en forma automática aún sin ser querida, porque la norma la impone.

Esta responsabilidad es limitada pues no va más allá del patrimonio del deudor. Las partes además, pueden, según los casos, establecer el alcance de la responsabilidad. Si nada se expresa, se aplica el art. 2372 del C.C. y todo el patrimonio del deudor es garantía común de los acreedores.

Esta responsabilidad, en principio, abarca todo el patrimonio del deudor, siendo ilimitada pero en la práctica existen ciertas limitaciones pues, como bien destaca LÓPEZ MESA (ob. cit., pág. 15), no todos los acreedores están en pie de igualdad y no todos los bienes responden de las deudas.

Así, los Arts. 1732 a 1750 del C. Comercio y 2368 a 2371 del C.C. crean acreedores privilegiados y ciertos bienes excluidos de estas garantías por razones humanitarias, como son, por ejemplo, los bienes de familia, la retribución en sueldos, bienes declarados inembargables.

También es posible crear los denominados patrimonios de afectación, diferentes al patrimonio conformado, cuando, por ejemplo, se instituye un fideicomiso a la luz de lo previsto por la ley 17.703.

En el ámbito de la persona jurídica su sola creación implica la existencia de un nuevo ente responsable, diferente de sus socios. Es-



tos no responden de las deudas de la sociedad ni ésta de las deudas personales de sus socios.

CAPILLA RONCERO (*La persona jurídica, sus funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, pág. 69) destaca que en donde más se nota el uso de la persona jurídica en forma abusiva es cuando se manipula el privilegio de la limitación de la responsabilidad. Esta situación se ve aún ampliada en los regímenes en que se admiten las sociedades de un solo socio.

Desde la óptica del derecho económico, el tema del levantamiento del velo de la persona jurídica parte de confrontar el principio de la responsabilidad limitada propia de las personas jurídicas y los límites dentro de los cuales este principio puede y debe aplicarse.

El orden jurídico permite excepciones al art. 2372 del C.C. según el cual, como ya viéramos, el deudor responde con todo su patrimonio de sus deudas, y permite actuar con responsabilidad limitada o con riesgos limitados.

Cuando el deudor se presenta con forma de persona jurídica, el acreedor puede pedir incremento de garantías pues sabe que la sociedad tiene responsabilidad limitada, y si ve que es riesgosa la operación puede aumentar los intereses o de lo contrario, no hará la operación.

La posibilidad de levantamiento del velo tiene una consecuencia económica pues repercute en la seriedad de las operaciones que se realizan con personas jurídicas ante el riesgo de que se conviertan en operaciones económicas personales y se pierda el privilegio del límite de la responsabilidad patrimonial.

En nuestro siglo, la situación económica de todos los países del mundo está determinada por la presencia de sociedades que son las verdaderas operadoras del mercado, caracterizadas por contar con distintas formas de limitación de responsabilidad patrimonial.

GULMINELLI (*Responsabilidad por abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1997, pág. 130) entiende que limitar el riesgo empresarial por medio de la constitución de sociedades resulta primordial para el desenvolvimiento de un sistema esencialmente capitalista como el de nuestros países. De aquí, precisamente, la importancia del instituto del abuso de la persona jurídica pues permite "la oxigenación" del derecho societario, posibilitando el involucramiento de quienes lo utilizan torpemente ocultándose tras la pantalla societaria.

Podemos concluir en que esta limitación de responsabilidad operó como un factor determinante del desarrollo económico y social



en muchos países pues estas operaciones de riesgo fueron las que permitieron finalmente el desarrollo.

De aquí, precisamente, la trascendencia de los arts. 189 a 191 de la ley 16.060, que regulan lo necesario para evitar el abuso de este instituto, al tiempo que consolidan la vigencia de un régimen societario equilibrado y justo, especialmente respecto de terceros. Además, imponer la oponibilidad de la persona jurídica, en lo que significa en la práctica, es ordenar la inoponibilidad del sistema de delimitación de la responsabilidad.

## E) Abuso de la Personería Jurídica

### a) Presentación del tema

El uso y abuso que se hizo a nivel mundial de la limitación de responsabilidad de la persona jurídica, determinó que el concepto mismo de ésta entrara en crisis, llegándose a hablar de una "crisis de la persona jurídica" o de una "deformación del concepto de persona jurídica" (DE CASTRO, 1949, *Anuario de Derecho Civil*, citado por YAGÜEZ, *Ob. cit.*, pág. 75). Se considera contradictorio que los socios sean responsables ilimitadamente y actuando por la sociedad sólo respondan limitadamente. Se considera altamente peligroso el hermetismo interno y los centros de poder que por su intermedio se pueden crear lo que posibilita, en ocasiones, el fraude y la transgresión de normas. El supuesto "anonimato" con el que se actúa, se prestó para todo tipo de irregularidades cada vez más notorias. Ello es el origen de la necesidad de dejar de lado el dogma del hermetismo y del anonimato y desentenderse de la entidad legal, comenzando, en términos de DE CASTRO Y BRAVO (*La persona jurídica*, Madrid, 1991, pág. 248), una verdadera cruzada para demostrar la verdadera responsabilidad del "empresario oculto", "del propietario real", o "el verdadero controlador" de todas estas situaciones.

Ante esta corriente de pensamiento, hoy ya consolidada, en legislaciones más modernas, como es el caso de la ley 16.060, no se hicieron esperar las propuestas amenazadoras de quienes entienden que quebrar el dogma del hermetismo puede afectar la seguridad jurídica y el desarrollo económico. Como bien destaca DE CASTRO Y BRAVO (*ob. cit.*, pág. 48), se trata de una cuestión delicada, cuya solución afecta a muchos intereses y respecto de la que, en cada caso, el legislador y el juez deben proceder con prudencia, sobre todo porque afecta intereses de terceros cuya confianza en la validez de la sociedad no debe ser defraudada. La sociedad o la persona jurídica no

pueden operar en un asilo o aislamiento intangible ante el cual deba detenerse la eficacia de principios básicos como el de la buena fe, el abuso de derecho, la simulación o el fraude.

Como bien lo destaca FERNÁNDEZ SESSAREGO ("Apuntes sobre el abuso de la persona jurídica", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16 pág. 525), el abuso de la personería jurídica no nos proporciona una idea clara ni una visión precisa del problema. No todos los casos son de ejercicio abusivo de los privilegios normales que el derecho otorga a la persona jurídica. Las irregularidades que se cometen no siempre parten de un ejercicio irregular de un derecho subjetivo frente a un interés existencial o derecho natural. La casuística desborda el abuso de derecho.

En definitiva, de lo que se trata es de determinar aquellos casos en que se utiliza mal, tanto la forma de la persona jurídica como sus beneficios, teniendo por consecuencia la inaplicabilidad del mencionado régimen especial y el consiguiente retorno al derecho común. Por ello, más que hablar de abuso de derecho en la persona jurídica, lo que importa es determinar el "uso indebido de la forma de la persona jurídica" a fin de que dentro de esta expresión queden comprendidas en todas las situaciones en las cuales se distorsiona la finalidad de la personas jurídica o se la utiliza para actuar contra el orden público (SERICK, ASCARELLI)

Con el mejor ánimo de simplificar los a veces tediosos desarrollos doctrinarios, pensamos que lo realmente relevante a tener presente el pensamiento de SERICK, y las críticas que le realiza ASCARELLI.

ROLF SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de las personas jurídicas*, Barcelona, 1958, pág. 8), parte de un enfoque realista y cuando detecta situaciones de abuso o fraude en que se evidencia el abuso de la forma propone no hacer desaparecer la persona jurídica sino negarla para el caso concreto. Interesa destacar que el propio SERICK (*ob. cit.*, pág. 85) indica los argumentos poco firmes con los que la dogmática propone prescindir de la persona jurídica.

Sostiene que se recurre a la equidad y ello es metajurídico. Entiende que recurrir a la equidad o a la buena fe son argumentos muy poco precisos, que no convencen por lo indeterminados.

Según este autor (*ob. cit.*, pág. 123 y 124), la aplicación de la teoría no ocurre cuando la persona jurídica transgrede cualquier norma (situación de ilicitud común) sino cuando se usa a la persona jurídica para burlar o evadir la aplicación de la ley, la normativa contractual,

o se causa perjuicios a terceros. Lo que tienen en común estas causas es que violan el principio de la buena fe que es lo que, en definitiva, lleva a trastornar todo el sistema de la persona jurídica.

SERICK (*ob. cit.*) parte de la teoría de la realidad por lo que la posibilidad de desestimar una persona jurídica se debe basar en la realidad y en la constatación de un abuso en la forma utilizada (persona jurídica), lo que no implica negar la persona jurídica sino desconocerla en un caso concreto por irregularidades en su uso.

Lo importante para el autor es que se utiliza la persona jurídica abusivamente para dejar de lado o burlar algún precepto legal o contractual.

Ordena los casos de abuso en tres categorías:

- a) **el fraude a la ley por medio de una persona jurídica.** Se pretende lograr el resultado prohibido por la norma por otro camino, tratando de burlar lo que la norma trató de impedir. La ley puede quedar burlada, como bien anota BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 66) con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a los que la norma se dirige se ocultan tras ella, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse del mandato legal. El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta forma normalmente infringido por el sujeto afectado porque solo realiza los actos que le están prohibidos por medio de la persona jurídica.
- b) **Por medio de la persona jurídica se pueden burlar las prohibiciones contractuales** por medio del desdoblamiento entre la persona de la sociedad y de la parte obligada en el contrato. Así, por ejemplo, en la eventualidad de que A se obligue ante B de no realizar cierto acto, finalmente lo realiza a través de una persona jurídica C.
- c) **Daño fraudulento a terceros.** SERICK (*ob. cit.*, pág. 70 a 80) señala que también es posible utilizar la persona jurídica para insolventarse, de forma que los terceros queden sin cobrar sus deudas. El tema se conoce con la denominación de infra-capitalización.

A su vez, dentro de esta categoría de abuso de la personería jurídica se puede plantear en diversas situaciones:

- a) Cuando se actúa en el entorno de grupos de sociedades, existiendo una sociedad principal y otra dependiente, utilizándose esta última como testaferro por la parte dominante para alcanzar finalidades ilícitas.

SERICK señala que las personas jurídicas dominantes y dependientes deben ser tratadas como una unidad cuando, de lo contrario, no podría lograrse la finalidad de una norma de derecho de sociedades que exija especial atención por la importancia que el legislador le haya atribuido.

Las personas jurídicas dependientes no pueden realizar actos prohibidos a las personas jurídicas controlantes.

El autor citado llega a la conclusión de que la seguridad o la firmeza de la persona jurídica es de carácter relativo (ob. cit., pág. 259 a 261) y, en definitiva, va a depender de cómo se use.

El autor concluye en las siguientes reglas: 1º) si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios; 2º) no basta alegar que si se descarta la forma de la persona no podrá lograrse la finalidad de la norma o del negocio jurídico; 3º) las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a esta clase de personas; 4º) si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal sino verdaderamente efectiva.

ASCARELLI ("Personalità giuridica", en *Problemi delle società*, Milano, 1957, pág. 1021), entiende que la teoría antes referida causa inseguridad jurídica pues se basa en conceptos imprecisos, como el abuso de derecho, el fraude, buena fe, que son criterios jurídicos vagos e indeterminados.

SERICK no explica con claridad cuándo y por qué se prescinde de la persona jurídica, y no tiene sentido decir que su teoría sea de aplicación excepcional. En realidad, se cruzan dos ficciones: cuando se crea la persona jurídica y cuando se prescinde de ella por abuso. Cuestiona la postura de SERICK pues su tesis presupone considerar a la persona jurídica sólo como algo ideal, formal, independiente a sus integrantes. Por ello





se alude al levantamiento del velo cuando el problema, en realidad, debe apuntar a que en los casos de abuso se debe simplemente prescindir de la normativa especial o tuitiva de la persona jurídica. No hay forma por un lado y realidad por otro, debiendo levantar la forma, sino lo que hay es una realidad respecto de la cual la normativa vigente condiciona su aplicación a que se actúe correctamente.

En opinión del autor el problema de la persona jurídica no es ya definir su esencia sino el de la determinación de las condiciones de uso del concepto de persona jurídica.

La persona jurídica deja de presentarse como un velo que el derecho ha interpuesto entre los miembros del grupo y los terceros y que sólo la equidad puede, en casos excepcionales, eliminar. La persona jurídica debe aparecer como la disciplina especial que, prevista por el orden jurídico, permite determinado proceder de los miembros de un grupo. Abusar de la persona jurídica significa, técnicamente disfrutar de la disciplina especial en situaciones diversas de aquellas que justifican su aplicación: significa disfrutar de la exención de derecho común más allá de los límites dentro de los cuales el legislador había intentado constreñirla.

b) *Fundamento jurídico para la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica*

Son por cierto diversas las propuestas doctrinarias de fundamentación para la aplicación de esta teoría:

**I. Teoría de la equidad**

En el derecho anglosajón, la denominada teoría del disregard of legal entity se funda en el criterio jurisprudencial que se basa en la equidad. Los jueces crean derecho y se guían por la fuerza del precedente, que es de donde surgen los criterios o principios generales.

Como destacaba DOBSON (*El abuso de la personería jurídica*, Buenos Aires, 1985, pág., 126), de la labor judicial guiada por la equidad surgen las máximas o criterios rectores de la vigencia de esta teoría.

El primer problema que debe resolverse es que la equidad se presenta como un concepto vago. Como señala PUIG BRUTAU (*La jurisprudencia como fuente de derecho*, Barcelona, s/f, pág. 151), la palabra equidad expresa una oposición al derecho existente en

nombre de un derecho superior, como reflejo de una lucha entre los intereses humanos ya consolidados y otros nuevos intereses que surgen como resultado de una transformación económica y que pugnan por ser reconocidos.

BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 202) señala que equidad en este tema puede ser entendida en cuatro sentidos diferentes: a) equidad como justicia natural o derecho natural frente al derecho legislado; b) equidad como manifestación de igualdad o justicia fundada en la igualdad; c) equidad como moderación de la norma general para atender a las circunstancias del caso concreto; y d) equidad como manera de resolver litigios al margen de las normas jurídicas, aplicando los criterios de razón o moralidad.

La equidad, como elemento constitutivo del derecho tiene como razón darle flexibilidad a la norma cuando el propio legislador se remite a ella para suavizar el concepto general en vistas a las particulares circunstancias en que ocurre cada caso.

BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 209) entiende que en estos casos, más que recurrir a la equidad, cuando no hay norma que regule el tema, a lo que se debe recurrir es a la analogía, que es un mecanismo distinto a la equidad aunque pueda tener vinculaciones con ella. El campo de acción de la analogía es distinto del de la equidad. La primera actúa a falta de ley; la segunda, se aplica cuando existe una inadecuación entre el caso concreto y la regla que parece regularlo. No es posible invocar la equidad para dejar de lado la legalidad cuando ésta es clara.

## II. Fundamento en el abuso del derecho y la buena fe

La mayor parte de la doctrina que ha estudiado el punto se pronuncia en el sentido de que la mejor forma de justificar la desestimación de la persona jurídica se encuentra en la aplicación del principio general del abuso de derecho.

Si nos quedamos en la figura del abuso de derecho en los términos del art. 1321 del C.C., podría entenderse que a lo más que se puede llegar es a generarse en estos casos situaciones de responsabilidad civil, donde haya que resarcir los daños causados.

El acto abusivo de derecho es un acto prohibido por la ley, que supone asumir la relatividad de los derechos. Así, el derecho a utilizar la persona jurídica no es un derecho absoluto sino que está limitado a que sea utilizado dentro de ciertos parámetros. Para GHESTIN (*Traité de droit civil*, t. I, Pág. 116), el ejercicio de los



derechos tiene límites externos e internos. Los primeros surgen de las leyes y reglamentaciones en vigencia; los internos están dados por conceptos esencialmente flexibles y cambiantes, como lo son las pautas de las buenas costumbres, el orden público, la moral pública, la buena fe y el bien común.

En la actualidad la teoría del abuso de derecho está sustentada básicamente sobre el principio general de la buena fe.

La buena fe aquí es considerada desde el punto de vista objetivo como "norma de conducta debida", exigiendo un proceder leal y honrado. Opera en el caso una de las funciones típicas de la buena fe que es la de marcar el límite en el ejercicio del derecho, determinando cómo éste puede y debe ser ejercido. Los derechos deben ser ejercidos y las obligaciones ejecutadas de buena fe con carácter general.

Conforma un estándar de conducta que faculta al juez en cada caso a determinar cómo se debió ejercer el derecho acorde a las exigencias del caso y parámetros de razonabilidad.

Son inadmisibles las conductas contrarias a la buena fe y se entiende que esta pauta de conducta es de orden público. En nuestro caso la buena fe opera como límite en el ejercicio de los derechos y su transgresión puede configurar casos abuso de derecho.

La exigencia de buena fe se predica no sólo en el ejercicio de todo derecho subjetivo sino que los derechos y obligaciones también debe cumplirse conforme a los dictados de la buena fe.

Según este enfoque, como bien lo destaca BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 231), la aplicación de la teoría del levantamiento del velo se aplicaría, según este fundamento, de la siguiente forma: cuando una persona física y una persona jurídica han mantenido una apariencia de unidad en un determinado negocio, esa conducta supone un acto propio de la persona física que se contradice con su conducta procesal posterior de alegar falta de acción por tratarse la persona jurídica de un sujeto de derecho distinto con un ámbito único de personalidad.

La conducta de la persona ha creado la apariencia de unidad y la contradicción que implica luego negar esa unidad argumentando la existencia de una persona jurídica implicaría la contravención de la buena fe que hace aplicable la doctrina de los actos propios.

La fundamentación del levantamiento de la personería jurídica a partir del abuso de derecho comienza cuando se constata el

ejercicio de un derecho en forma anormal, al margen de los fines para los que fue pensado y reconocido.

Para DOBSON (*ob. cit.*, pág. 31) el abuso en el uso de la forma persona jurídica se constata cuando: a) el ánimo de causar perjuicio aparece como fin exclusivo del acto; b) cuando se contrarían los fines para los que fue reconocido el derecho al uso de la persona jurídica; c) cuando en el ejercicio del derecho se exceden los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Para la conformación de abuso de derecho no es preciso el dolo o la intención de dañar o de engañar, sino que alcanza con la existencia de comportamientos culposos, negligentes, pudiendo configurarse tanto a partir de elementos subjetivos como objetivos. El primero se concretaría en la existencia de dolo o culpa y el segundo en el apartamiento del fin del derecho ejercido.

### III. Teoría del negocio jurídico indirecto

Partiendo de la base de que la teoría del abuso del derecho se puede mostrar insuficiente para explicar algunos casos en los que no se cumple con sus requisitos, como ocurre, por ejemplo, con las sociedades de un solo socio, se pretendió explicar con mayor precisión este fenómeno a través de la figura del negocio indirecto.

ASCARELLI (*ob. cit.*), que es su propulsor, ha definido el negocio indirecto sosteniendo que existe cuando las partes recurren a determinado negocio jurídico pero el fin práctico y último que se proponen no es efectivamente el actuado normalmente a través del negocio realizado por ellas sino un fin distinto, análogo al de otro negocio pero frecuentemente carente de una forma típica en un ordenamiento determinado. Hay pues, un negocio indirecto, porque las partes recurren a él para alcanzar, de esa manera, indirectamente fines que son distintos a los que podrían inducirse de la estructura del negocio mismo. En la práctica estos negocios son utilizados para evadir el cumplimiento de las leyes o evadir ciertas prohibiciones, incurriendo en fraude a la ley.

Cuando la persona jurídica es usada para evadir la aplicación de ciertas normas o para lograr una insolventación, el fin o motivo adquiere relevancia y no es el que se presenta como determinante directo de la acción realizada.

### IV. Teoría del negocio fraudulento

El fraude, en su sentido más genérico comprende todo hecho o acto realizado con la intención de engañar, de evadir el cumpli-



miento de una norma legal o convencional. La mayor parte de los autores que estudian el tema de la desestimación de la persona jurídica le han dado al fraude un papel vital. SERICK (*ob. cit.*, pág. 242) coloca al fraude en un lugar primordial como fundamento del tema a estudio. Entiende que solo podrá prescindirse de la persona jurídica cuando haya abuso de ella y sólo habrá abuso cuando se intente con ella burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

Una ley puede resultar burlada con utilización de la figura de la persona jurídica, cuando los individuos a quienes la norma se dirige, se ocultan tras ella, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse a tal mandato legal.

También un contrato puede ser burlado en forma fraudulenta con la utilización de una persona jurídica. Veamos un ejemplo sencillo. A se obliga con B a no realizar determinado acto de competencia o de venta de determinado producto, pero luego crea una persona jurídica y, a través de ella, realiza el acto que se había obligado a no realizar.

Entendemos que una de las consecuencias a que obliga, según su naturaleza, conforme a la equidad, un contrato, es a no actuar en forma fraudulenta, debiéndose respetar el principio conforme al cual "fraus omnia corrumpit". En consecuencia, todo acto fraudulento debe tener como efecto su ineficacia.

El fraude a la ley está vinculado al abuso de derecho en que puede aparentar cierta licitud al resguardarse en una norma o al aparecer como ejerciendo un derecho pero realmente supone actos contrarios al orden jurídico (ilícito), con la diferencia de que en el abuso de derecho se parte del ejercicio del derecho subjetivo que resulta desviado del fin que justificó la existencia de este derecho. En el fraude a la ley se transgrede un derecho objetivo buscando encubrirse en una norma distinta tratando de lograr apariencia de legalidad. Se intenta eludir la norma que es violada lo que no ocurre en el abuso de derecho.

Para que haya abuso de derecho se requiere ejercer el derecho en forma irregular y causar un daño. Para que haya fraude a la ley no se exige ejercer un derecho ni un daño.

En términos generales, se consideran ejecutados en fraude a la ley todos los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídi-



co o contrarios a éste. En esencia, se dan los siguientes requisitos: a) un acto o conjunto de actos; b) una norma protectora o de cobertura; c) una norma defraudada; d) el requisito subjetivo, que es el de burlar la ley.

En principio se actúa al amparo del texto de una norma, llamada norma de cobertura. Sólo habrá fraude si la protección que brinda la norma de cobertura no es real.

Por otro lado, está la norma defraudada, o sea, aquella que se trata de evitar en su aplicación.

Los efectos típicos de un acto fraudulento a la ley son que cuando éste se detecta se aplica la norma que se trató de evadir, careciendo de efectos el acto fraudulento, o sea, el que se hizo aparecer como real sin serlo.

Para BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 250) para quien los casos de levantamiento del velo en los que se abusa de la persona jurídica de una institución, no son sino supuestos de fraude a la ley en los que la norma de cobertura que se emplea para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, es la normativa referente a la persona jurídica. Por eso, tanto los requisitos como las consecuencias que se desprenden de la aplicación del fraude a la ley, se ajustan en estos casos, cosa que no sucede si intentamos aplicar el régimen jurídico del abuso de derecho.

### c) Modalidades

NURI RODRÍGUEZ (*Mayorías y minorías en la ley de sociedades comerciales*, Montevideo, 1989, pág. 79) señala que la prescindencia o inoponibilidad de la persona jurídica puede ser **normativa o jurisdiccional**. En el primer caso, podemos citar lo previsto en el Decreto Ley 14.265, por el que se responsabiliza a las empresas productoras o importadoras por los impuestos y cargas sociales que generen las actividades de las empresas distribuidoras, aun cuando éstas sean una persona jurídica diferente. También podemos tener presente lo establecido en las leyes 14.672 y 14.774, referentes a liquidación de sociedades financieras y ciertos frigoríficos, donde se dispuso que estas personas jurídicas se liquidarán como una totalidad patrimonial.

Debemos tener presente, además, el art. 104 del Código Tributario, en cuanto ordena: "Las personas jurídicas y las demás entidades podrán ser sancionadas por infracción sin necesidad de establecer la responsabilidad de una persona física. Sin perjuicio de la responsabi-

lidad pecuniaria de la persona o entidad, sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios serán sancionados por su actuación personal en la infracción”.

En el art. 105 se establece la responsabilidad solidaria de los representados.

A los efectos de asegurar la recaudación, cuando existen irregularidades tributarias en las sociedades, se puede prescindir de la persona jurídica por la vía de la solidaridad y accionar en el patrimonio de los directores.

La modalidad jurisdiccional es la que está prevista en el artículo 189 de la ley 16.060, que exige la iniciación de un proceso y calificación de todos los requisitos exigidos por la ley en cada caso para definir si es posible o no prescindir de la persona jurídica, disponiendo su inoponibilidad.

*d) Doctrina nacional*

Diversas posturas se han sustentado con respecto al levantamiento de la persona jurídica cuando se abusa de ella, las que podemos ordenar según se hayan emitido antes o después de la entrada en vigencia de la ley 16.060.

**i. Antes de la ley 16.060**

El profesor SAGUNTO PÉREZ FONTANA (*Revista de Sociedades Anónimas*, N° 207, pág. 83) analiza el tema en un artículo titulado “La prescindencia de la persona jurídica”, y luego de efectuar un enfoque de las consideraciones que se realizan en derecho comparado, termina sosteniendo que la prescindencia de la persona jurídica no se funda en un concepto unitario, y que muchas veces ni siquiera tiene un fundamento jurídico, como en el caso de la nacionalidad de la sociedad. En los países continentales y en los que siguen los lineamientos fundamentales de su derecho, el problema no es tan sencillo y su aceptación depende de la amplitud que la ley concede a sus jueces para resolver los asuntos cuando no existe un texto legal expreso que sea aplicable. Sin dejar de reconocer la importancia decisiva de la jurisprudencia en la elaboración y evolución del derecho, creemos –continúa PÉREZ FONTANA– que una aplicación indiscriminada de la teoría de la prescindencia de la persona jurídica puede causar mayores males que beneficios, principalmente, si se tiene en cuenta la seguridad jurídica.

FERRO ASTRAY (*Empresas controladas*, pág. 123), luego de realizar un desarrollo del tema a través de la doctrina comparada, culmina sosteniendo que en nuestro sistema sería conveniente tener una norma similar a la consagrada en Francia por ley del 8 de agosto de 1935, a través de la cual se agregó un nuevo inciso al art. 437 del Código de Comercio Francés, permitiendo la "penetración" en la sociedad comercial aparentemente independiente para alcanzar a quien o quienes, prevaleciéndose de una autonomía formal, pretendieran permanecer al margen de las consecuencias originadas en actos propios.

NURI RODRÍGUEZ (*ob. cit.*), al analizar el art. 138 de una de las reformas propuestas por nuestro régimen jurídico de Sociedades Anónimas, sostuvo que el propósito tendiente a regular el punto es indudablemente bueno pues el abuso de la aplicación de la tesis de la desestimación puede ser más peligroso que el abuso de la persona jurídica. A la hora de la verdad —continúa la autora— cuando jurisprudencia y doctrina aplican la teoría del disregard, simplemente se trata de situaciones en las que no corresponde aplicar la normativa especial de las sociedades comerciales que le atribuyen persona jurídica. Para la autora no se trata de prescindir de la persona jurídica sino simplemente de no aplicar del régimen societario a la situación cuestionada, sea por falta de consentimiento, por falta de causa legítima o por simulación (NURI RODRÍGUEZ OLIVERA, "Fines del derecho societario", *Anuario de Derecho Comercial*, t. I, pág. 30)

GALLI ("Sociedades comerciales", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 62, nº 7 y 8), considera que en el tema, toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas y afectaría la estructura de la persona jurídica, pues no debe olvidarse que no podemos someter toda la contratación a una inseguridad total, como sería la consecuencia de una aplicación indiscriminada de esta teoría que conduce al levantamiento del velo de la personería jurídica en las sociedades comerciales.

HERRERA OREGGIA ("Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho", *Anuario de Derecho Comercial*, t. I, pág. 53) desarrolla el tema en cuestión sustentando que la aplicación de esta teoría se debe fundar en el abuso de derecho. Entiende que todo fraude a la ley significa un abuso de derecho cuando ese fraude se esconde bajo el velo de la persona jurídica pero ello siempre que no sean aplicables a ese fraude



otros institutos jurídicos especiales (como por ejemplo, la simulación), dada la característica de subsidiariedad en que opera el abuso de derecho según el criterio sustentado por el autor.

**ii. Después de la ley 16.060**

En el art. 189 de la referida ley se establece: “podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para burlar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites de juicio ordinario”.

“Art. 190. Efectos. La declaración de inoponibilidad de la persona jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A esos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos según el grado de su *intervención y conocimiento de ellos*”.

“Art. 191. **Inscripción.** El juez interviniente en un proceso en el cual se pretenda la prescindencia de la personalidad jurídica de una sociedad, ordenará, si correspondiere, la inscripción del testimonio de la pretensión en la Sección Reivindicaciones del Registro General de Inhibiciones, a efectos previstos en el art. 38 de la ley 10.073 de 25 de setiembre de 1946, sin perjuicio de otras medidas cautelares que puedan adoptarse”<sup>41</sup>.

RIPPE (*Sociedades comerciales. Ley 16.060*, Montevideo, 1991, Pág. 87) entiende que el legislador se fundó para dictar esta norma

41 En la actualidad el art. 42 lit. 4 de la ley 16.371 de 28 de setiembre de 1997, establece que se inscriben en la Sección Interdicciones del Registro Nacional de Actos Personales: “las pretensiones de prescindencia de la persona jurídica de una sociedad a que hace referencia el art. 191 de la ley 16.060 de 4 de setiembre de 1989”.



en tres razones fundamentales: 1) porque le constaba el manejo fraudulento que se hace de las sociedades comerciales en particular al amparo de una persona jurídica; 2) que se ha advertido su efectiva utilización por la jurisprudencia aunque en base a otros principios jurídicos como, por ejemplo, el abuso de derecho; 3) porque quiere delimitarlo, acotarlo y fijar sus alcances, con dos propósitos fundamentales: a) evitar el uso indiscriminado del fraude; y b) evitar el uso potencialmente abusivo de este instituto que se derivaría de la ausencia de previsión normativa.

Comenta el autor que la recepción del fraude como fundamento de aplicabilidad de la prescendencia, restringe las posibilidades de su invocación y de su acogimiento por la autoridad jurisdiccional, descartando otras circunstancias como podrían ser el negocio jurídico indirecto o el abuso de derecho, sin perjuicio de zonas límites de compenetración e interdependencia con el fraude.

En la materia que nos ocupa ya no interesan estas circunstancias. Sólo importa la configuración del fraude, hecho más circunscripto que aquellos. Pero, continúa el autor, para que se aplique el instituto que se comenta es indispensable que el fraude se produzca mediante la sociedad, sujeto de derecho, como medio instrumental para su producción. El empleo de la personalidad jurídica de la sociedad comercial es, en principio, un negocio lícito, querido y tutelado por el derecho. En este caso se utiliza fraudulentamente, es decir, para eludir la aplicación de normas imperativas o prohibitivas del orden jurídico o para perjudicar indebidamente a los particulares y contravenir la finalidad de la ley.

GAGGERO (*Análisis exegetico de la ley 16.060 de sociedades comerciales*, t. I, Montevideo, 1992, Pág. 166 y ss.), analiza las causales de aplicación de la figura, estudiando el fraude a la ley, la violación del orden público o la utilización fraudulenta y en perjuicio de socios, accionistas o terceros. El fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contexto literal sino según su espíritu. El autor comparte la idea de HERRERA en el sentido de que cuando se da fraude legal, se logra a través de una persona jurídica actuando en abuso de derecho de la personalidad. Entiende que dentro de la figura de fraude a la ley debe entenderse comprendida la hipótesis de fraude al contrato ya que éste es ley entre las partes.

Aclara, además, que se viola el orden público cuando, mediante el negocio societario se vulneran normas de interés general.



La utilización fraudulenta en perjuicio de los socios, accionistas o terceros impone una acción pauliana (art. 1296 del C.C. y 228 del C. Co.), que abarca todo acto que entrañe una violación de sus derechos esenciales, siendo suficiente la conciencia de daño que se produce más que la deliberada intención de perjudicar.

OLIVERA OLIVERA ("El disregard of legal entity en la jurisprudencia", en *Anuario de Derecho Comercial*, t. X) sostienen que el mayor obstáculo que presenta la consolidación de la inoponibilidad de la persona jurídica en nuestro régimen normativo se encuentra fundamentalmente en el concepto de fraude. Determinar la existencia de fraude supone introducirse en el espíritu de la ley, en la finalidad con la cual la ley fue aprobada. Esta aproximación interpretativa presenta especiales dificultades, en aquellas culturas jurídicas fuertemente apegadas al positivismo traducido en el retorno a la fuente única (la ley), y en una interpretación restrictiva de las prohibiciones.

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales, para los autores, es una brillante creación del pensamiento jurídico. Lo mismo cabe decir del conjunto de principios que esta teoría resume: la limitación de responsabilidad del socio o accionista; la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes aportados por los socios; la indisponibilidad de los socios sobre los bienes aportados; la imposibilidad de compensación de deudas y créditos sociales con deudas y créditos de los socios, etc.

e) *Determinación del abuso de las personas jurídicas en la ley 16.060*

### I. Presentación del tema

Como bien lo destaca ÁNGEL YAGÜEZ (*La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Madrid, 2006, pág. 37), uno de los principales problemas suscitados por las personas jurídicas es la posibilidad de que se produzca el denominado "abuso de la personalidad jurídica". Este es, quizás, el problema más importante (dejando de lado las cuestiones dogmáticas acerca de su naturaleza jurídica, etc.) y se concreta en determinar cuándo se abusa de la persona jurídica, o sea, cuando es utilizada esta figura para fines distintos de los que constituyen su razón de ser.

Cierto es que aun antes de la entrada en vigencia de la ley 16.060 ya nuestra jurisprudencia y doctrina habían acogido con verdadero entusiasmo la técnica de levantar el velo de la persona jurí-

dica entraba en su interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que bajo ella existían o se ocultaban. **Hasta tal punto es así, que no parece exagerado afirmar que la doctrina del levantamiento del velo, valga la expresión un tanto frívola, hoy está de moda.** Lo está en el plano doctrinal, como se desprende de las aportaciones bibliográficas y de artículos de doctrina, tanto nacionales como extranjeros de los últimos diez años, y lo está también en el terreno que podríamos llamar práctico, sobre todo en el de los abogados pendientes del último pronunciamiento jurisprudencial (laboral, societario, civil), para dar una determinada orientación a sus demandas o a sus oposiciones a ellas.

Es cada día más importante asumir la relevancia que tiene definir con claridad las condiciones o límites en la aplicación de las técnicas del levantamiento del velo para no hacer de ellas un instrumento que dé cabida a toda pretensión en la que la existencia de la persona jurídica sea, simplemente "molesta" o "incómoda" para los intereses de una de las partes en conflicto.

Cierto es que el levantamiento del velo de la persona jurídica, como lo destaca el autor citado (ob. cit., pág. 90), pone en peligro la razón de ser o la justificación misma de la figura. No se puede dudar que la persona jurídica es una construcción lícita y útil y es innegable, por tanto, que deben mirarse con prevención, o al menos con cautela, cualquier doctrina o cualquier criterio judicial que pueda ponerla en peligro. A nadie se le oculta que el primer motivo de reserva respecto de la doctrina del levantamiento del velo consiste en el peligro de que con ella pueda tambalearse alguno de los objetivos legítimos que la persona jurídica propicia.

La otra gran cuestión que aquí se plantea es la de la justificación misma de la práctica judicial de "levantar el velo".

Podemos incluso preguntarnos, y lo haremos al final en las conclusiones, si el levantamiento del velo no es sino un exotismo innecesario, habida cuenta que la dogmática jurídica y los ordenamientos positivos brindan al intérprete, y en concreto el juzgador ya cuenta con otros conceptos e instrumentos jurídicos bastantes como para adoptar soluciones como las que el levantamiento del velo puede ofrecer, como la vigencia que ya tiene la aplicación del abuso de derecho, el fraude a la ley, etc.

## II. Teoría general de la inoponibilidad de la personería jurídica

### *i) Precisiones previas*

En el derecho comparado, la teoría del *disregard of legal entity* está admitida en todos los sistemas, o sea que el problema de fondo planteado es el de los límites de su aplicación. En este sentido se pueden distinguir dos grandes sistemas.

Por un lado, tenemos el sistema anglosajón con una muy difundida teoría del *disregard of legal entity*, basado en dos grandes pilares: la teoría de la ficción de la persona jurídica y los fallos dictados en base a una jurisdicción de equidad. Por su parte, el sistema continental europeo tiene a su vez dos subsistemas: los que no tienen regulación específica del tema (Ej. España) y los que sí la tienen (Ej. Argentina y Uruguay).

Coherente con un régimen jurídico en que no hay regulación legal expresa, YAGÜEZ (*Ob. cit.* pág. 87) dice que la jurisprudencia española ha acogido con entusiasmo la técnica del levantamiento del velo para poner coto a los actos abusivos. Pero su utilización indiferenciada exige que se precisen con mayor rigor las condiciones y límites de aplicación de esa técnica.

Si bien a diferencia del derecho español en el derecho uruguayo existen normas legales específicas sobre el tema, el problema en todos los regímenes es sustancialmente el mismo, o sea que el problema medular es el tema de los límites. En nuestro derecho al haber norma expresa sobre el tema, la cuestión radica en determinar con precisión cuáles son los límites legales para la admisión de este instituto de la inoponibilidad de la personería jurídica.

En consecuencia, consideramos imprescindible la formulación de una teoría general de la prescindencia de la personería jurídica. Ello se basa en la constatación de dos fenómenos: por un lado, el traslado indiscriminado de conceptos y soluciones provenientes de otros regímenes jurídicos –algunos de ellos muy distintos al nuestro– y, por otro lado, algunas soluciones jurisprudenciales que se han dejado llevar por prejuicios y por la equidad, chocando en muchos casos con la vigencia de claras normas legales vigentes en nuestro régimen jurídico.

Queda claro entonces que para el estudio de nuestro régimen legal en la materia debemos liberarnos de algunos prejuicios



hondamente arraigados, ya que en la actualidad, después de la sanción de la Ley 16.060, no sólo no tienen base legal sino que en algunos casos entran en conflicto frontal con dicha normativa. Cuando entremos al análisis de los principios rectores de nuestro sistema se comprenderá cabalmente de qué estamos hablando.

En materia societaria rigen cuatro principios generales que son la base misma del sistema. El estudio de los principios generales resulta determinante para definir el verdadero alcance del instituto de la inoponibilidad de la personería jurídica, ya que este último constituye una solución de excepción dentro del régimen general de sociedades.

### *ii. Personería jurídica*

El primer principio, aunque parezca evidente su enunciación, radica en la cuestión de que la sociedad es un sujeto de derecho distinto de las personas que la integran desde la fecha de celebración del contrato social, o sea que la sociedad constituye un ente (sujeto de derecho) distinto y autónomo de sus integrantes. Dicho en otras palabras: la personería es la regla general y la inoponibilidad de la misma, la excepción.

El art. 2 de la Ley 16.060 establece que "La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley"

### *iii. Comercialidad formal*

El segundo principio, de capital importancia, pero un tanto soslayado por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país es el de comercialidad formal. Este principio general complementa el principio general de personería jurídica otorgándole a la personería de la sociedad comercial un radio de acción de máxima amplitud, ya que determina que las sociedades formalmente comerciales aunque tengan objeto no comercial se regirán por las normas de la Ley 16.060.

El art. 4 Ley 16.060 establece que "Las sociedades comerciales con objeto no comercial que adopten cualquiera de los tipos previstos por esta ley quedarán sujetas a sus disposiciones, considerándose sociedades comerciales".

La doctrina y la jurisprudencia en muchos casos han trasladado conceptos de otros regímenes jurídicos (como por ejemplo el derecho español que no tiene regulación legal sobre el tema) y han



sostenido que a la sociedad comercial que no tiene giro comercial o que a la sociedad anónima de un solo socio se les presume su utilización en fraude a los acreedores o a los terceros.

Dichos criterios, que provienen de regímenes jurídicos con ausencia de regulación legal sobre el tema, choca frontalmente con las normas rectoras de la Ley 16.060, especialmente con el art. 4º de la misma, que ampara bajo el régimen de sociedades comerciales aún a las sociedades con objeto no comercial. En consecuencia, aquellos criterios que sostienen que a la sociedad anónima de un solo socio o la sociedad anónima que no tiene giro comercial pero que tiene bienes inmuebles en propiedad se les presume su utilización en fraude a los acreedores son francamente ilegales en nuestro derecho. La sociedad anónima de un solo accionista es permitida por el art. 10 del Decreto número 335/1990 y la sociedad anónima que no tiene giro comercial pero que tiene bienes inmuebles en propiedad está claramente permitida por la amplia disposición de la comercialidad formal del art. 4º de la Ley 16.060.

*f) Principio de limitación de la responsabilidad*

El principio de limitación de responsabilidad no tiene lugar en todas las sociedades comerciales. La limitación de la responsabilidad se verifica fundamentalmente en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas.

El art. 244 Ley 16.060 expresa que "En las sociedades anónimas el capital se dividirá en acciones las que podrán representarse en títulos negociables".

La responsabilidad de los accionistas se limitará a la integración de las acciones que suscriban.

El art. 223 Ley 16060 establece que "En las sociedades de responsabilidad limitada el capital se dividirá en cuotas de igual valor, acumulables e indivisibles, que no podrán ser representadas por títulos negociables. La responsabilidad de los socios se limitará a la integración de sus cuotas".

*g) La inoponibilidad de la personería jurídica es un instituto excepcional que para su admisión requiere del cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos por el art. 189 de la Ley 16.060*

Como consecuencia de lo expuesto, queda claro que los principios de personería, comercialidad formal y de limitación de respon-



sabilidad son la regla general y que la inoponibilidad es la excepción a dichos principios. A tal punto ello es así que la propia ley, en su artículo 189, al hablar de la procedencia del instituto establece que es sólo para el caso concreto (art. 190, Ley 16.060), determina taxativamente aquellas situaciones en las que la personería se utiliza fraudulentamente y además exige “la prueba fehaciente” de “la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados” (fraude a la ley, violación al orden publico, fraude y perjuicio de socios, accionistas o terceros).

Sin perjuicio de que más adelante nos extenderemos en la profundización del estudio de estos conceptos sintetizamos las razones por las cuales se trata de un instituto excepcional :

- i) La ley habla de inoponibilidad y no de nulidad
- ii) Los efectos de la declaración judicial de la inoponibilidad son sólo para el caso concreto (art. 190 Ley 16.060)
- iii) Se requiere “prueba fehaciente” de la efectiva utilización en fraude.
- iv) Se debe utilizar la sociedad sólo con determinados fines fraudulentos, que son los establecidos legalmente –art. 189 Ley 16.060– (fraude a la ley, violación al orden publico, fraude y perjuicio de socios, accionistas o terceros).

En lo que tiene que ver con la exigencia de prueba fehaciente, la Suprema Corte de Justicia, en Sentencias 63 de 8 de abril de 2005 y 268 de 16 de diciembre de 2005 (publicadas en Fallos de Casación 2004-2005, págs. 368 y 364 respectivamente ) entiende que exigir prueba fehaciente no significa que se introduzca un supuesto de prueba tasada, sino que se exige un criterio de mayor rigurosidad en la valoración de la prueba, siendo el criterio impuesto por el legislador en el art. 189 Ley 16.060 compatible con la regla de la sana crítica que con carácter general rige la apreciación de la prueba (art. 140 C.G.P.).

#### *h) Crítica a la tesis de la Suprema Corte de Justicia*

Existen algunos fallos jurisprudenciales (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia número 50 de 30 de marzo de 2005, Discordia del Dr. Tabaré Sosa, Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno emitida en Sentencia número 357 de 12 de diciembre de 2007, dictada en base a Jurisprudencia anterior de la Sala de 2º turno (Sent. 197/03) que darían a entender que existiría abuso de la personería jurídica en la utilización, como propietarias de inmuebles, de sociedades anónimas sin giro comercial y que también existiría



abuso de la personería jurídica en los denominados casos de "identidad de personas o esferas" y en los de "control o dirección efectiva externa" de la sociedad, ya que en estos casos se rompe con la razón justificante de la limitación de la responsabilidad.

Nos parece cuestionable la posición de la Suprema Corte de Justicia, quien en Sentencia 50 de 30 de marzo de 2005, sostuvo la inoponibilidad de la personería jurídica de sociedades expresando que "Tanto los casos de "identidad de personas o esferas" como los de control o dirección efectiva externa rompen con la primera de las razones justificantes de la limitación de la responsabilidad, argumentación de estricta aplicación al caso, máxime si se tiene en cuenta que se trata de sociedades anónimas sin giro empresarial alguno, compradas a los solos efectos de transferirles formal y aparentemente la titularidad dominial de bienes inmuebles que se colocan fraudulentamente fuera de la esfera patrimonial del deudor".

No tenemos el honor de compartir ni los fundamentos conceptuales ni las conclusiones a las que ha arribado nuestro máximo órgano jurisdiccional. Consideramos que la Suprema Corte ha partido de la base de prestigiosas opiniones doctrinarias extranjeras que provienen de otros regímenes jurídicos en los que no hay regulación legal expresa del tema y que por lo tanto se deben trasladar a nuestro derecho con las reservas del caso.

Concretamente, en España, la teoría de la inoponibilidad de la personería es un instituto de exclusivo desarrollo jurisprudencial ya que no hay régimen legal expreso sobre la materia. En segundo término, con el mayor de los respetos, creemos que no se ha aplicado orgánicamente la ley de sociedades comerciales.

No se han tenido en cuenta los grandes principios societarios consagrados en las disposiciones generales de la Ley 16.060, especialmente el principio de comercialidad formal del art. 4 Ley 16.060 que establece que "Las sociedades comerciales con objeto no comercial que adopten cualquiera de los tipos previstos por esta ley quedarán sujetas a sus disposiciones, considerándose sociedades comerciales".

**En otras palabras: nuestra legislación admite en forma expresa la sociedad comercial, aun cuando tenga objeto no comercial. Es decir que desde un punto de vista general (regulando el tema en las Disposiciones Generales de la Ley 16.060), se reconoce como una posibilidad legal lícita la existencia de sociedades comerciales sin giro comercial.**

Y ese principio general no se puede desconocer. Por otra parte, consideramos que de alguna manera, los presupuestos legales para la admisión de la figura del art. 189 Ley 16.060 son un complemento o una aplicación consecuente de los principios generales de personería (art. 2), comercialidad formal (art. 4) y limitación de responsabilidad (art. 223 en materia de SRL y art. 244 en materia de S.A.).

Del análisis de estos principios se puede concluir sin temor a dudas que el instituto de la inponibilidad es de admisión excepcional, porque dejaría sin efecto para el caso concreto los grandes principios societarios. Por esta razón, se exige por parte del legislador la "prueba fehaciente" de la utilización fraudulenta de la sociedad ("fraude a la ley, violación al orden publico, fraude y perjuicio de socios, accionistas o terceros").

**Consideramos que existe una tendencia jurisprudencial fuertemente influida por preconceptos o prejuicios contra las sociedades anónimas y por opiniones doctrinarias foráneas prestigiosas, pero que no son completamente aplicables a nuestro derecho.** Nuestro país cuenta con una regulación jurídica que es de avanzada en el derecho comparado, ya que como se dijo hay muchos países, inclusive europeos, que no la tienen.

Desde nuestro punto de vista, la jurisprudencia cuestionada estaría dando a entender que habría ciertos presunciones o indicios de fraude cuando se da algún supuesto de las denominadas familias o grupos de casos.

Los grupos o familias de casos son distintas categorías que ha elaborado la doctrina, basándose fundamentalmente en los fines perseguidos por las maniobras fraudulentas, para subdividir los casos de abuso de personería.

LÓPEZ MESA (*Ob. cit.*, pág. 133 y ss.), estudiando la jurisprudencia argentina extrajo cinco familias o grupos de casos en los que se verifica el abuso de la personería jurídica : 1) violación de las legítimas, 2) afectación de derechos del cónyuge, 3) afectación de derechos de terceros, 4) fraudes impositivos y 5) violación de prohibiciones.

Creemos que las familias o grupos de casos cumplen exclusivamente una función análoga a la de la causa simulandi en materia de simulación o al móvil del crimen en materia penal. Al igual que estas figuras del derecho civil y penal, las familias o grupos de casos no configuran en sí mismas ni un indicio ni una presunción de fraude, sino que ofician de punto de partida o de hipótesis de trabajo para

ordenar e interpretar la prueba en materia de fraude, la que, por lo general, es predominantemente indiciaria.

Entendemos que en nuestro derecho no se puede sostener, como lo hizo la Suprema Corte en Sentencia 50 de 30 de marzo de 2005, que tanto los casos de "identidad de personas o esferas" como los de "control o dirección efectiva externa" rompen con la primera de las razones justificantes de la limitación de la responsabilidad. No podemos dejar de lado que en nuestro derecho se le ha conferido en forma expresa un amplio radio de acción a la personería jurídica de la sociedad comercial.

Nuestro régimen otorga la posibilidad legal de que asuma la forma societaria cualquier actividad lícita, aunque no sea comercial. Esta es la razón fundamental por la que se deben tomar con prevenciones las opiniones doctrinarias de otros regímenes. Se trata de opiniones muy respetables y serán aplicables en la medida que no colidan con claras disposiciones legales. Esto no significa que no se combata el fraude.

El fraude debe ser combatido, pero aplicando cabalmente el orden jurídico, en este caso la Ley 16.060 como un sistema o contexto, o sea haciendo jugar en forma orgánica la teoría general de la inoponibilidad (cuyos enunciados principales son los arts. 2, 4, 223, 244 y 189 de la Ley 16.060).

En definitiva, la cuestión se traslada en primer lugar a la verificación de uno de los supuestos de fraude establecidos legalmente: "fraude a la ley, violación al orden público, fraude y perjuicio de socios, accionistas o terceros". Dentro de estos supuestos se puede tener la ayuda de las denominadas familias o grupos de casos para pasar a la etapa posterior que es la de evaluar si existe la "prueba fehaciente" del tipo de fraude invocado. Como señalamos, las familias de casos ayudan a ordenar y a interpretar la prueba del fraude. Para citar un ejemplo, dentro del fraude a la ley y al orden público se encuentra la categoría de la violación de las legítimas sucesorias. Si se presenta un caso en el que se alega violación de las legítimas forzosas, la prueba indiciaria se debe ordenar y evaluar en función de las alegaciones de la parte actora, considerándola como hipótesis de trabajo.

En consecuencia, habrá que evaluar los típicos indicios de las relaciones de afecto, amistad, confianza y parentesco, los profesionales actuantes, el momento y oportunidad de la constitución o uso de la sociedad, estudiar que proporción del patrimonio de la persona

se encuentra bajo forma societaria, cuáles fueron las razones que la llevaron a tomar esa decisión, etc. Una vez que se haya diligenciado toda la prueba, el Juzgador deberá evaluar si se llegó o no a la prueba fehaciente del fraude.

*i) Importancia de la calificación de la causa fin para el que fue reconocida la persona jurídica*

Surge del Art. 2 de la ley 16.060 que la persona jurídica es reconocida en atención a un fin que debe ser lícito, estar identificado en el contrato social con el alcance fijado por la ley. Que la causa o el fin de la persona jurídica debe ser lícita lo evidencian claramente los arts. 23 y ss. de la ley 16.060 al establecer que: "son nulas las sociedades cuyo objeto o actividades sean ilícitas o prohibidas". El fin lícito exige el respeto del orden público, las buenas costumbres, la moral, debiéndose proceder al ejercicio de este derecho de forma regular, normal, sin actuaciones que impliquen un proceder abusivo o transgresor del deber de actuar de buena fe.

Adviértase que una causal de disolución societaria está en la realización continuada de una actividad ilícita o prohibida o por la comisión de actos ilícitos de tal gravedad desvirtúen el objeto social (artículo 159.10).

Cuando la persona jurídica se aparta de sus fines (causas) para los que fue reconocida legalmente, se aparta de la regulación prevista para las personas jurídicas, quedando al frente las personas físicas que la integran como socios, quienes asumen las obligaciones y derechos del caso en forma directa.

El verdadero fundamento de la teoría del abuso de la persona jurídica o de su inoponibilidad está, precisamente, en la desviación que de su gestión se advierte, atento a la causa o fin del contrato social. En los contratos de sociedad, como en todo contrato, existe un fin abstracto propio del tipo contractual, y un fin concreto que es el que llevó a las partes a contratar.

En el caso concreto de las sociedades (GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, pág. 34) entiende que la causa está en la consecución de un fin común, es decir, en la realización de una actividad económica que dará lugar a ganancias que luego se dividirán entre los socios (Art. 1 de la ley 16.060).

Corresponde agregar que la causa-fin de la sociedad está íntimamente relacionada al interés social que refiere expresamente al hecho de realizar las actividades societarias para obtener beneficios o utili-



dades. Es el interés propio de la sociedad, distinto al de cada uno de los socios, o, si se quiere, es el interés común de todos los socios o el interés de la empresa en sí.

El interés social no puede desarrollarse dejando de lado el interés público, debe evitar fraudes o abusos afectando la seguridad económica y el bienestar de la sociedad.

Debe velar sí por el interés de la empresa respecto de terceros y aún por el interés de los socios.

Como ya viéramos, la existencia del abuso de derecho la ubicamos al ejercitarse un derecho dejando de lado el fin o función por el que fue reconocido. Por ello corresponde tener en claro cuál es el fin que se persigue con el reconocimiento de la persona jurídica a los efectos de facilitar el terreno que nos conduzca a identificar la posible existencia de abusos en el ejercicio del derecho a utilizar la persona jurídica.

La concesión de la persona jurídica apunta a dar satisfacción a ciertas necesidades comerciales, sobre la base de un derecho asociativo admitido con fines lícitos. GALGANO (*I gruppi di società*, Torino, 2001, pág. 227) sostiene que el abuso se evidencia al utilizar un régimen especial de vinculación o asociación en situaciones diversas de aquellas que justificaron su reconocimiento o creación. Lo relevante a ponderar a la hora de calificar la existencia de posibles abusos, como bien anota CAPUTO (*La inoponibilidad de la persona jurídica societaria*, Buenos Aires, 2006, pág. 60) es la calificación de la causa o fin del negocio societario en cuestión. Existen diversas formas de apartarse de estos fines, sea por simulación, fraude, abuso de derecho, etc. La teoría del abuso de la persona jurídica busca un acercamiento a la realidad de forma que se respete el orden jurídico y los fines y objetivos por los cuales ésta fue creada

Como han sostenido distintos autores (DOBSON, *El abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1991, pág. 11; GULMINELLI, *Responsabilidad por abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1997, pág. 103) la temática del abuso de la persona jurídica debe ubicarse en la teoría general del derecho y no sólo en el ámbito de las sociedades comerciales pues de lo que se trata es de evitar que toda persona jurídica se desvíe de sus causas o de lo que justificó su existencia, claramente determinado en el orden jurídico o en los estatutos societarios.

A la finalidad de la sociedad se alude incluso en el art. 1º de la ley 16.060 al establecerse que "habrá sociedad comercial cuando dos o más personas físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para



aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada con el fin de participar en ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”.

Este fin establecido por la norma y el que aparece identificado en los estatutos son los que marcan qué es lo que la persona jurídica puede y debe hacer, o cuál es su causa de existir.

Todo negocio jurídico o derecho tiene su causa o fin que justificó su reconocimiento como tal. La causa del contrato societario está en la consecución del fin común, es decir, en el ejercicio de actividades económicas comunes coordinadas para obtener ganancias que luego se puedan distribuir.

La teoría del abuso de la persona jurídica actúa cuando se deja de lado el fin objetivo de la sociedad al que refiere no sólo el art. 1 de la ley 16.060 sino también los arts. 16 y 23.

No nos interesan aquí las causas de nulidad originaria por objeto ilícito o prohibido que puedan llegar a cuestionar la existencia misma de la persona jurídica sino que lo que aquí ponderamos es la causa funcional que limita el proceder de las personas jurídicas en el decurso de su existencia.

De esta normativa ya surge con claridad que las sociedades comerciales o personas jurídicas son un medio técnico reconocido por el orden jurídico para acceder a ciertos fines lícitos. HALPERING (*Sociedades comerciales*, Buenos Aires, 1964, pág. 90 n° 4), postula que si la persona jurídica se aparta de estos fines lícitos autorizados por la ley es posible prescindir de la persona jurídica pues no puede emplearse con fines ilícitos de engaño o de fraude.

*j) Fundamentos para la determinación del abuso*

### **I. Presentación del tema**

En la doctrina y jurisprudencia, la aplicación de la teoría del abuso de la persona jurídica ha recibido distintos fundamentos. Como ya viéramos en la primera parte de este desarrollo (literal G), algunos invocan simplemente la equidad o figuras abiertas, como es el caso del orden público, el abuso de derecho, el fraude a la ley, el apartarse del interés social y general. Todas estas referencias a conceptos abiertos, en principio, puede generar cierta sensación de inseguridad que se determina por el hecho de que hay que asumir que quien determina cuándo se dan los fundamentos establecidos por la norma, es el juez. Si la norma estable-

ce criterios de ponderación amplios, lo que resuelva el juez en aplicación de estos criterios es legal, siempre que sea fundado.

Lo que sí tienen en común los fundamentos propuestos por la doctrina, es que tanto en el caso del fraude a la ley, del apartamiento del orden público, del abuso de derecho, lo que hay es un apartamiento en el fin u objeto para el que fue reconocida la persona jurídica.

BOLDO RODA (*El levantamiento del velo de la persona jurídica en el derecho privado español*, Madrid, 2006, pág. 75 y ss.) reconoce que en los ordenamientos jurídicos en los que, aún sin norma expresa, se ha aplicado este criterio, se utilizan los mismos fundamentos que luego las normas que lo han regulado utilizan para la normativización de este tema.

En nuestro país, la norma alude a distintos factores de atribución de la persona jurídica, como es el caso del fraude a la ley, el apartamiento del orden jurídico, o de la afectación fraudulenta a intereses de los socios o de terceros. Pues bien, estos criterios también se utilizaban antes, sin la norma, lo que implica que antes y después de la norma existe una unidad de criterios en los conceptos generales de aplicación.

## II. Causales determinantes del abuso en el art. 189 de la Ley 16.060

Estando a las causales del art. 189, consideramos que las mismas tienen en común, precisamente, el apartarse del fin o la causa del contrato y actuar con fines extrasocietarios, ajenos al interés social, en beneficio del que “manipula” la sociedad o de terceros.

Todo acto de la persona jurídica como sociedad debe ser en beneficio legítimo de la sociedad y de los socios, actuándose dentro de los fines que refieren al cumplimiento del objeto societario con prescindencia de los intereses particulares o de terceros. El objeto (fin) de la sociedad, como sostiene FARGOSI (*Estudios de derecho societario*, Buenos Aires, 1978, págs. 20 y 21), por un lado delimitan la actividad de la sociedad; por otro, delimitan las inversiones del patrimonio social, por otra parte, determinan la competencia de los órganos societarios y, además, fija las facultades de los representantes, quienes deben actuar en función del interés social estatutario y legal.

En el art. 189 de la ley 16.060 se establece: “podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando:



- i) Esta sea utilizada con fraude a la ley;
- ii) Para violar el orden público;
- iii) O con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros".

En principio son tres los fundamentos en los que puede sustentarse la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica en nuestro derecho; el fraude a la ley, el apartarse al orden público o el fraude a los acreedores o socios de la sociedad.

No compartimos la opinión de autores como RIPPE (*Sociedades comerciales*, pág. 87) que entienden que el fraude es el único y esencial fundamento del instituto lo que, para el autor, limita las causas de invocación del abuso de la persona jurídica. La norma es clara en admitir otras causales, como es la del apartamiento del orden público, tema al que volveremos oportunamente. Analizaremos seguidamente cada una de las causales de abuso con la persona jurídica:

- i) En términos generales, tenemos **fraude a la ley** cuando se constata una conducta con la que se pretende eludir efectos de una norma imperativa o de origen contractual, abstrayéndose de su acatamiento invocando otra norma que, aparentemente, encubriría el apartamiento del deber y obligación originarios.

Para RIPPE (ob. cit., pág. 86) se considera fraude a la ley todo acto que implique eludir la aplicación de normas imperativas o prohibitivas.

El fraude es un acto ilícito que parte de la intención de engañar, haciendo los mejores esfuerzos para evadir la aplicación de una norma imperativa o las normas contractuales, actuando por actos en principio lícitos que operan como cobertura. Como lo señaláramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Acción Pauliana*, Montevideo, 1995, pág. 4) sobre el fraude a la ley se han dado nociones subjetivas y objetivas. Las primeras, priorizando la intención de engañar; las segundas, destacando la constatación objetiva de elusión de la norma aplicable al caso, siendo irrelevante, según este enfoque, la intención tenida por el infractor. No es necesaria la intención de engañar, basta con el resultado fraudulento para que exista fraude. No se trata de sancionar al que obra de mala fe sino al que intenta vulnerar el orden jurídico.



Si tomamos el término "fraude a la ley" en sentido estricto es imprescindible en cada caso contemplar los siguientes requisitos: a) pactos a los que se atribuye el surgimiento del fraude que, como veremos posteriormente, deben estar claramente probados; b) la norma protectora o de cobertura. El acto fraudulento cuenta con una norma aparentemente legal; de lo contrario, estaríamos ante un acto contra ley, puro y simple, cuya nulidad o ineficacia surgiría netamente de ese enfrentamiento legal.

Pero, como bien anota BOLDO RODA (ob. cit., pág. 217), la protección que otorga la norma llamada norma de cobertura, es aparente. En el fraude a la ley se trata de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico a través de la protección de una norma. La norma de cobertura sirve de fundamento, precisamente, para eludir o intentar eludir la aplicación de la norma que prohíbe el resultado al que se pretende llegar. Pero, como hemos señalado, sólo existirá fraude si la protección que presta la norma de cobertura no es real. c) Existe necesidad de identificar una norma defraudada. Puede ser cualquiera del ordenamiento jurídico aplicable al caso y que se pretende dejar de lado invocando la aplicación de la norma de cobertura; d) también se debe ponderar el requisito subjetivo que implica la intención de burlar la ley. Como dice BOLDO RODA (ob. cit.), parece imposible lograr un fraude de la ley sin que exista un elemento intencional de tal actuación.

ALBERTO SOLZ (*El fraude a la ley*, Barcelona, 1989, pág. 96), con mayor precisión enuncia los requisitos estructurales para que se pueda dar un caso de fraude a la ley sosteniendo que ellos son:

- a) La existencia de una conducta externa. Debe existir una manifestación externa del sujeto a través de actos emergentes de su voluntad. La sola intención no alcanza para defraudar;
- b) Esta conducta debe presentarse como formalmente legal. Prima facie existe una ley (de cobertura) conforme a la cual la acción del sujeto aparece como legal;
- c) Deseo sincero de acogerse a la ley de cobertura. Aquí el actor del acto fraudulento quiere acogerse a la norma de cobertura. Nunca se desea hacer interiormente algo diferente a lo que se exterioriza, y aquí la diferencia, precisamente, con la simulación;



- d) De hecho la ley de cobertura no lo ampara o protege totalmente. Si la norma referida regula por completo la situación, no habría fraude;
- e) El resultado conforma un apartamiento de la ley denominada "norma defraudada". La norma eludida es la que hubiere correspondido aplicar. En realidad se termina por defraudar no sólo la norma defraudada sino también la utilizada como cobertura que tampoco se busca aplicar con corrección;
- f) La norma defraudada debe ser de naturaleza imperativa, o sea, de aquellas que no pueden dejar de aplicarse;
- g) Tanto la norma de cobertura como la eludida deben formar parte del mismo orden jurídico;
- h) No es esencial para el fraude que la norma de cobertura y la eludida sean distintas. Para la ponderación del fraude se considera al orden jurídico como un todo;
- i) Es necesario que el resultado obtenido se halle en relación de causalidad con la cobertura de la norma;
- j) Basta que se trate de perjudicar a una ley o bien al orden jurídico.

Como se advierte, luego del desarrollo de todos estos elementos estructurales, tanto los aspectos objetivos como los subjetivos aparecen como ineludibles en la existencia de esta figura. Entendemos que las teorías que sustentan mayor acierto en lo que al enunciado de la naturaleza jurídica de este instituto respecta, son las que dejan de lado el enfoque exclusivista, tanto subjetivo como objetivo, adentrando su mirada en la causa o la finalidad de la norma en cuestión.

**Desde nuestro punto de vista**, quien ha presentado con mayor acierto la descripción de esta figura ha sido CESSARI ("La ruptura de la *fraus legge*", *Revista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1953, pág. 1092) quien, luego de destacar la importancia tanto de los elementos objetivos como subjetivos, señala que lo esencial es el fin perseguido de eludir una norma. Se busca, en definitiva, acceder a un interés prohibido por la norma usándose o dejándose de lado la causa tipo del negocio utilizado o de la norma aplicada. Esta causa atípica –interés de dejar de lado una norma– conforma un negocio con causa ilícita



- ii) Para nosotros es importante tener en cuenta que la norma no solamente se limita a los casos de fraude a la ley sino que también considera aplicable este instituto cuando se intente **“violiar el orden público”**.

Para RIPPE (ob. cit.), la violación del orden público (jurídico) refiere a todo acto que implique violar principios o disposiciones imperativas o de orden público sobre las que se asienta el orden jurídico del país cuya aplicación es de interés general, que no se enmarcan en los límites de la autonomía de la voluntad, que no forman parte del derecho dispositivo de los particulares por lo que no admiten pactos o estipulaciones en contrario.

Siguiendo este criterio, a nuestro entender, entre los principios de orden público que no se pueden transgredir está, precisamente, el principio de la buena fe y del abuso de derecho. La persona jurídica, después de creada, no puede realizar actos que puedan apartarse de lo que configura el orden público.

Se transgrede el orden público cuando se deja de lado normas imperativas y el orden público, y principios que están en el orden público, como el no actuar de buena fe o con abuso de derecho. Estos principios son de orden público y constituyen su verdadera esencia. En consecuencia, es posible prescindir de la persona jurídica cuando no se actuó de buena fe o con abuso de derecho.

El deber de actuar de buena fe es de orden público y determina la forma en que se deben ejercer los derechos y cumplir las obligaciones.

Por lo expuesto, repetimos, no se comparte la opinión de quienes concentran la aplicación de este instituto sólo en la figura del fraude y en consecuencia restringen la aplicación de la inoponibilidad, descartando, por ejemplo, los casos de abuso de derecho a texto expreso, como lo hace RIPPE (ob. cit., pág. 88). ¿Qué puede haber más transgresor del orden público al que refiere el art. 189 de la ley 16.060, que el haber actuado con abuso de derecho o al margen de lo que implicaba actuar de buena fe?

Importa destacar que la transgresión del orden público no figuraba en la redacción originaria del Proyecto de Ley de PÉREZ FONTANA, y se incorporó luego siguiendo al art. 54 de la ley argentina de sociedades comerciales 19.550, que autoriza



el levantamiento del velo cuando se usa a la sociedad como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe. La buena fe es un principio general del derecho que refiere, precisamente, a cómo se deben ejercer los derechos subjetivos. No es un aspecto de la norma sino que opera como norma de conducta debida, siendo inadmisibile toda conducta contraria a la buena fe. En su enfoque objetivo (ORDOQUI CASTILLA, *La buena fe contractual*, Montevideo, 2005, pág. 30), opera como norma de conducta debida, exigiendo en el ejercicio del derecho lealtad, honradez, transparencia.

Como ya dijimos, forma parte de este orden público el tener que proceder al margen de lo que implica abuso de derecho. Un proceder lícito requiere respetar las normas y que éstas sean ejercidas correctamente, sin intención de dañar, respetando el fin por el que se reconoció el derecho y no apartándose del interés general dentro de lo que implica un proceder racional.

Siguiendo una concepción objetiva de abuso de derecho, calificamos como elemento esencial para la existencia de esta figura la desviación del fin económico o social del derecho, de manera que se considera abusivo el ejercicio del derecho cuando se actúa en forma contraria al interés social. El ámbito del lícito ejercicio del derecho no viene dado únicamente por el contenido que se atribuye al mismo sino también por la manera de ejercitarlo. Por ello se diferencia lo que es el ejercicio normal y anormal del derecho. Esta normalidad se da cuando se sobrepasan manifiestamente los límites marcados en este caso por los fines para los que fue reconocida la persona jurídica. Destaca BOLDO RODA (*ob. cit.*, pág. 238) que las consecuencias del ejercicio abusivo de un derecho pueden ser: a) la inadmisibilidad de este ejercicio, lo que implica la ausencia del ejercicio a quien actúa de esa manera, privándole de eficacia jurídica sobre lo actuado, b) una posible indemnización; c) las posibles medidas administrativas tendientes a interrumpir o mitigar el acto abusivo y sus consecuencias.

**El abuso de derecho y el fraude a la ley no son figuras similares.** Si bien ambas tienen como fin el corregir el desvío en el respeto del orden jurídico, en el caso del abuso de derecho se ejercita un derecho subjetivo en forma irregular o antisocial mientras que en el fraude a la ley se infringe el derecho



objetivo, la norma aplicable, buscando su inobservancia mediante el amparo de otra norma distinta. Ciertamente, como destaca BOLDO RODA (ob. cit., pág. 214), el acto en fraude a la ley puede ser considerado como un abuso objetivo, y ambas actuaciones reflejan infracciones indirectas de la norma jurídica vulnerando límites implícitos de la autonomía privada. De aquí que se haya llegado a sostener que ambas calificaciones pueden caer sobre el mismo caso y sobre el mismo acto. Si contemplamos el derecho subjetivo como norma subjetiva, el abuso de derecho se aproxima al fraude a la ley. En cambio, si el derecho subjetivo se considera como un poder puesto al servicio de la voluntad individual o como un interés jurídicamente protegido, las diferencias son más claras. Para poder hablar de abuso de derecho es necesario que el sujeto sea titular de aquella situación a la que llamamos derecho y que, además, se produzca un daño. Por el contrario, el fraude a la ley no exige necesariamente, ni el derecho ni el daño.

**En nuestro derecho**, HERRERA OREGGIA (ob. cit., pág. 62) consideran que en los casos de levantamiento de la persona jurídica el fundamento es el abuso de derecho pues se usa sin justificación la persona jurídica, apartándose de los límites internos que justificaron el reconocimiento del derecho a usar a esa persona jurídica. Ello puede suceder actuando en fraude a la ley, lesionando intereses jurídicamente protegidos, eludiendo responsabilidades contractuales.

SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades comerciales*, ob. cit., págs. 32 - 241 y 242), como la mayoría de quienes estudiaron este tema, funda la aplicación de este instrumento jurídico en el abuso de derecho. Si la figura formal de la persona jurídica es usada en forma abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se quiere perseguir.

Para este autor, la regla de que en los supuestos de fraude a la ley por medio de la persona jurídica, la personalidad de ésta pueda quedar descartada en el caso no es otra cosa que una aplicación del principio fundamental según el cual el orden jurídico jamás protege el abuso de una situación jurídica. Sostiene el autor citado: busque el magistrado la ilicitud que supone falta de causa detrás de la persona jurídica y encontrará el abuso de derecho de la misma; es decir, lo ilícito de

su uso para el caso concreto. Todo fraude a la ley hecho por una persona jurídica cuando ese fraude se esconde detrás de la persona jurídica y ésta se utilizó o ejerció para defraudar.

**iii. Fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.** Completando la gama de situaciones fraudulentas enunciadas en la norma comentada, en esta hipótesis no se alude al fraude a la ley sino al fraude a los socios, acreedores o terceros. Nos acercamos al fraude pauliano del art. 1296 del C.C. donde se establece "Que consiste el fraude en el conocimiento de la insolvencia del deudor", "con la peculiaridad de que en el art. 189 no se exige la insolventación del deudor como requisito sino simplemente la frustración del derecho del tercero o del socio".

Lo que importa aquí es la existencia de una maniobra tendiente a evadir efectos de normativa de origen convencional, sustrayéndose de ellas con auxilio de otra negociación o de una ley. Aquí se tutelan intereses particulares.

Se recurre a la persona jurídica sociedad para frustrar derechos de terceros, simular o aparentar un ente que no es tal. Se crea lo que se denomina "persona de paja" para engañar a terceros y realizar una interposición ficta en perjuicio de los acreedores.

Para RIPPE (ob. cit., pág. 88), el fraude a socios accionistas o terceros refiere a todo acto que entrañe violación de sus derechos esenciales, siendo suficiente la conciencia del daño que se produce más que la deliberada intención de dañar. Advierte el autor, en criterio que se comparte, que en los dos primeros casos puede existir violación objetiva del orden jurídico y puede no causarse necesariamente daño a alguien. Cuando se alude a terceros, sí se causa un daño a partir de la lesión de derechos subjetivos patrimoniales.

El perjuicio entre socios o accionistas se puede dar particularmente en el caso de sociedades controladas o vinculadas, en el que se transfieren utilidades, bienes o gastos de unas a otras, pudiendo perjudicar a accionistas o socios de alguna de ellas. En este sentido el art. 50 de la ley de sociedades comerciales, establece que los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada, o controlante en perjuicio de la sociedad administrada, debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones



equitativas o con compensaciones adecuadas. Serán responsables de los daños y perjuicios causados en caso de violación de esta norma.

En el artículo 51 se prevé que la sociedad controlante deberá usar su influencia para que la controlada cumpla su objeto, debiendo respetar los derechos e intereses de los socios o accionistas.

Responderá por los daños causados en caso de violación de estos deberes y por los actos realizados con abuso de derecho. El o los administradores de la sociedad controlante serán solidariamente responsables con ella cuando infrinjan esta norma.

*k) ¿Alcanza con la culpa o se requiere dolo?*

En términos generales, los requisitos configurativos de la inoponibilidad de la persona jurídica parten de la existencia de un daño causado por conductas fraudulentas o abusivas que sobreentienden conductas dolosas o culposas, configurando casos de responsabilidad civil en la medida que aparecen relacionadas causalmente con un daño.

El ejercicio abusivo del derecho de uso de una forma como la persona jurídica deriva de una forma de ilicitud que, cuando está relacionada causalmente al daño abre camino a la responsabilidad civil. Recordamos que en nuestro planteo el abuso de derecho desborda la figura de la responsabilidad civil y aparece como principio general del derecho.

Del art. 189 de la ley 16.060 no surge con claridad la ponderación de ningún factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) para determinar la existencia de una situación de inoponibilidad de la persona jurídica, alcanzando con la comprobación objetiva de los hechos a los que refiere la norma. Pero, por cierto, las conductas a que refiere esta norma son naturalmente el resultado de actos voluntarios o estrategias queridas por los socios y realizadas con pleno conocimiento, entrando, generalmente, en la zona de la intencionalidad o el dolo, están generalmente involucrados los socios que realizaron los actos o los que los dejaron hacerlos y, en particular, los que tenían la responsabilidad por la administración de la sociedad.

Entendemos que el socio o controlante que actúa con culpa puede quedar igualmente comprometido en la sanción legal, y esto por los siguientes motivos: la ley no distingue y permite la imputación directa de los actos y la responsabilización a los que hubieran hecho posible la actuación dañosa de la sociedad. En este sentido el art. 190

inc. 2º de la ley 16.060 ordena que las irregularidades referidas “se imputarán a quien o a quienes corresponda conforme a derecho”. Ello supone que lo sucedido se debe imputar a los que actuaron con falta de diligencia o con dolo y no a todos los socios.

En segundo lugar, como destaca GULMINELLI (*Responsabilidad por abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1997 pág. 208) la norma no hace diferencia alguna entre autores dolosos y negligentes. Esto no significa negar que la esencia de la norma que analizamos (art. 189) naturalmente presume que se implica una actuación intencional de los sujetos involucrados. Pero ante la falta de una disposición expresa que deslinde actuaciones concretas, no es aceptable eximir de responsabilidad al sujeto que, si bien no ha actuado con dolo, ha actuado culposamente, provocando con su actitud que se produzca resultado disvalioso, pretendido por otros consocios o controlantes. Como sostiene el autor citado, es indudable que en el origen de la conducta prevista se requiere intención concreta, ya que debe existir voluntad para realizar el fraude para afectar a los acreedores o a los demás socios y la intención de encubrir la consecución de fines extrasocietarios.

Cabe, por último, advertir que para el magistrado que analiza esta conducta lo importante será en definitiva, la apariencia de ésta y no el área interna subjetiva del agente que, en definitiva, deberá cumplir las consecuencias de los actos torpes que realiza.

No olvidemos que el art. 83 de la ley 16.060 establece que los administradores y los representantes de las sociedades deberán obrar con lealtad, con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión. El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño.

En esta misma línea el art. 391 establece “el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y terceros por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, o el mal desempeño de su cargo según el criterio del art. 83 y por aquellos producidos por el abuso de facultades, dolo o culpa grave”.

*1) Carácter restrictivo o excepcional*

### **I. Presentación del tema**

La determinación de criterios para identificar la existencia de los requisitos o fundamentos de los que puede derivar la inoponibi-





lidad de la persona jurídica debe aplicarse con especial cuidado y clara fundamentación, valorando las circunstancias del caso con realismo, evitando que lo excepcional se convierta en regla. La doctrina nacional ya antes de la ley 16.060, se pronunciaba por el carácter restrictivo de la aplicación de esta figura (HERRERA OREGGIA, ob. cit., pág. 65). Siguiendo similar criterio, GAGGERO ("De la inoponibilidad de la persona jurídica", en la obra *Análisis exegetico de la Ley 16.060*, Montevideo, 1992, t. I, pág. 173), luego la entrada en vigencia la ley referida.

La jurisprudencia se ha mostrado con criterios dispares con referencia al carácter restrictivo de la aplicación de este instituto. Sobre el punto puede tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de de 1er. Turno, nº 20 de 24.II.2000 y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 9 de marzo de 2000, publicada en L.J.U., caso 14.018.

**En definitiva, en nuestra opinión, del examen contextual de la Ley 16.060 surge con claridad que la regla es la personería de la sociedad (art. 2) y la inoponibilidad es la excepción (art. 189 y 190).** Para declarar la inoponibilidad además debe existir "prueba fehaciente" de alguno de los distintos tipos de fraude expresados en la norma del art. 189 Ley 16.060.

La denominada teoría restrictiva, en definitiva, lo que hace es interpretar la Ley 16.060 en forma orgánica y coherente.

## II. Jurisprudencia

1. *La Suprema Corte de Justicia, en sentencia 123/00 sostuvo: "La mayoría de la corte considera que el disregard es una acción mediante la cual el juez está habilitado a ingresar dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas (o jurídicas) que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente a fin de aplicar aquellas normas del derecho que correspondiere, evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter de excepcionalidad, es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores. El Tribunal de mérito, contrariamente a lo sostenido por la impugnante, no infringió los inc. 1 y 2 del art. 189 de la ley 16.060 los cuales establecen que, si bien puede prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta es utilizada en fraude a la ley o para perjudicar a terceros, debe probarse fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad como instrumento para alcanzar ese fin. Ver L.J.U., t. 125, c. 14.377. Suprema Corte de Justicia, sentencia 211/01 de 5.X.01.*

~

2. La mayoría de la Corte coincide, entonces con la Sala, en la inexistencia de la prueba *fe autos*. Existían sí dos sociedades con identidad de socios pero ello no prueba la existencia de fraude.

El fraude se configura mediante dos rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar (*concilium fraudis*), y la consecuencia de un daño real o eventual (*Eventos damni*). La prueba de autos, constitución de una sociedad para ser titular de un inmueble, es insuficiente para considerar los presupuestos de inoponibilidad de la persona jurídica: a) fraude a la ley, b) violación del orden público; y c) con fraude o en perjuicio de terceros, (Art. 189 de la ley 16.060). En conclusión, al no haberse probado en autos el fraude exigido por la ley 16.060, no se puede hacer lugar a este agravio. Además, la Corte entiende que el *disregard* es una acción excepcional mediante la cual el juez está habilitado a ingresar, dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente, a fin de aplicar aquellas normas de derecho que correspondieren, evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter excepcional es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores, lo cual, como se dijo, no quedó demostrado en el caso. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 123 de 9 de marzo de 2000, A.J.U., t. XIII, nº 10.**

~

3. Corresponde recordar, con relación a la teoría del *disregard*, que esta Corporación ha sostenido en anteriores pronunciamientos que la misma suele extraer sus fundamentos de los principios de la buena fe y de la oposición al abuso del derecho (Nicolás Herrera Oreggia, *Teoría del disregard of legal entity, un enfoque basado en el abuso del derecho*, en *Anuario de Derecho Comercial*, nº 1), Y el abuso de derecho por medio de la persona jurídica consistiría en el fraude, ya a la ley, ya a los contratos o en el daño fraudulento causado a terceros.

El fraude se configura mediante dos rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar (*concilium fraude*), y la consecuencia de un daño real o eventual y estos son los elementos que permiten al juzgador prescindir de la apariencia de personería que oculta la realidad societaria con fines ilícitos, ya sea acudiendo al *disregard*, ya ajustando los principios generales en materia probatoria que autoriza nuestro derecho. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 53 de 28 de abril de 2005, A.J.U., t. XVIII, n. 16**

~

4. Ha quedado acreditado en el decurso del proceso que es el demandado quien se encuentra detrás de todo un patrimonio que figura a nombre de



terceros, ya que se trate de personas físicas o jurídicas, actuando estas últimas como representantes de los accionistas, siendo históricamente la única persona que se encontró al frente (por detrás), de las referidas personas jurídicas. Más allá de las falsedades o irregularidades de las actas examinadas, surge de las mismas la asistencia y comparecencia a las asambleas, de un único accionista, representando la totalidad del capital integrado.

No resulta imprescindible para la utilización del *disregard* que los ocultamientos patrimoniales tengan lugar con posterioridad al nacimiento de los créditos, en cuya virtud se moviliza la aplicación del mencionado instituto de abuso de la personería, bastando la existencia de un daño que se deba resarcir, o una norma violada o un incumplimiento.

De lo que se trata es que los mecanismos fraudulentos ideados para la frustración de derechos de terceros tengan operatividad al momento de su efectivización, con prescindencia el momento en que se hayan realizado los actos que sirven para aparentar el estado de insolvencia.

En la sublite es evidente que, al momento de ingresar a la vía de apremio se constató la situación de vaciamiento del patrimonio del ejecutado, situación a la que se llegó mediante los mecanismos fraudulentos que la sentencia apelada pone en sus justos términos, restableciendo la realidad patrimonial oculta y permitiendo el cabal cumplimiento de la ley, lo que conforma, como se dijera, un complejo fáctico único, con una finalidad determinada y uniforme, atribuible a una persona, que el apelante pretende escindir artificialmente.

Se ha configurado en el caso negocios en fraude a la ley, consistiendo éstos en negocios formalmente lícitos articulados de tal modo que producen un resultado (el mismo o semejante, según sea o no admisible la analogía) vedado por la ley. En nuestro derecho rige un principio general que ordena reprimir los actos de los sujetos de derecho encaminados a eludir la aplicación de disposiciones, el cual se suele identificar con la máxima latina "*fraus omnia corrumpit*". **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, sentencia nº 13 de 20 de octubre de 1999, A.J.U., t. XII, nº 3.**

m) Prueba fehaciente

### **I. Presentación del tema**

La terminología utilizada por el artículo 189 de la L.S.C., al requerir la existencia de prueba fehaciente de los actos que constituyen fraude o abuso, llevó a que se entendiera que la prueba necesaria es especial o, más bien, que se debe exigir mayor rigor o severidad de convicción en los elementos de prueba aportados.

Este término puede llevar a pensar que, en caso de duda, se debe optar por mantener la persona jurídica.

Consideramos que asiste razón a la Suprema Corte de Justicia cuando entiende que el término fehaciente está indicando una mayor rigurosidad en la evaluación de la prueba, pero que ello no es incompatible con las reglas de la sana crítica del art. 140 C.G.P. (Sentencias 63 de 8 de abril de 2005 y 268 de 16 de diciembre de 2005, publicadas en Fallos de Casación 2004-2005, págs. 368 y 364 respectivamente ).

La exigencia de prueba fehaciente no elimina ni descarta el uso de la prueba indiciaria. En las acciones de fraude, la prueba predominante es indiciaria y el magistrado finalmente deberá considerar si los indicios valorados primero en forma individual y después en forma colectiva finalmente llegan a configurar la prueba fehaciente del fraude.

Quienes sustentan la existencia de un carácter restrictivo de la acción de inoponibilidad se fundan en que el art. 189 de la ley 16.060 es una consagración concreta de este criterio al exigir la prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados . Como la ley exige probar fehacientemente, de aquí puede deducirse, para algunos, que se trata de un instituto de aplicación restrictiva.

A nuestro entender este criterio es acertado pues, que se exija una prueba fehaciente significa requerir una mayor rigurosidad en la evaluación de la prueba.

## II. Jurisprudencia

1. *Esta corporación antes de ahora ha expresado que el artículo 189, al exigir la prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad como instrumento legal para lograr el propósito de violar el orden público y en fraude y perjuicio de los socios accionistas o terceros, no sólo no introduce un supuesto de prueba tasada sino que ni siquiera innova, exigiendo un criterio de mayor rigurosidad en la valoración de la prueba respecto del "Standard" de la sana crítica que, con carácter general, rige en la apreciación de la prueba. En efecto, prueba fehaciente es aquella que hace fe de un hecho en un juicio o, en términos de Couture (Vocabulario jurídico pág. 286), fehaciente es lo que por sí solo produce prueba o es digno de crédito, no se advierte porqué ha de predicarse por la sola utilización de este adjetivo pues la norma legal exige la adopción de un criterio de mayor rigurosidad en la valoración de pruebas rendida en autos.*

*En la especie, el demandante no sólo no ha probado el uso ilícito abusivo de la persona jurídica en cuestión sino que ni siquiera ha invocado supuesto alguno concreto de fraude, limitándose a expresar genéricamente que fue utilizada en perjuicio de sus derechos. Suprema Corte de Justicia, sentencia 68 de 16 de diciembre de 2005, A.J.U., t. XVIII, N° 15.*

~

2. El art. 189 inc. 2° de la ley 16.060 exige probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad para consumar el fraude en perjuicio de socios, accionistas o terceros. Para la mayoría de la Corte integrada, la norma mencionada consagra un mandato legal vinculado a la excepcionalidad del instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica y dirigido al oficio para que aprecie con especial rigurosidad la prueba del fraude, en prevención de un potencial uso del instituto, que se expresa en la utilización del vocablo "fehacientemente". O sea, que la norma impone un criterio determinado para la valoración de la prueba, esto es, un especial rigor en la apreciación de los extremos fácticos fundantes de la inoponibilidad que se invoca. Mas ello no significa que haya previsto un supuesto de prueba legal o tasada, siendo el criterio impuesto por el legislador compatible con la regla de la sana crítica establecida en el art. 140 del C.G.P. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 22 de 4 de marzo de 2002, A.J.U., t. XVI, n° 14.**

### III. Carga probatoria dinámica

Llegar a la verdad es un objetivo. En principio, como criterio general, quien alega algo tiene la carga de probarlo (art. 139 del C.G.P.). Ocurre que el deber de actuar de buena fe y de colaborar en el proceso, llevan a que el que debe probar es quien se encuentre en mejores condiciones, posibilidades para hacerlo, o que tenga más facilidad de acceder a los elementos de prueba.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. Como advierte LÓPEZ MESA - CÉSANO (*El abuso de la persona jurídica de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, 2000, pág. 208), la superioridad técnica situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes, o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria a quien se halle en mejores condiciones de probarlo.

Nos parece acertado, continúan los autores, que se sostenga que quien aparece vinculado a un negocio reputado fraudulento o



simulado no puede permanecer impasible o a la defensiva sino que debe colaborar con el órgano judicial para alejar toda duda, contribuyendo decisivamente a acreditar el carácter real y no simulado de la operación. Con pie en ello, nos parece lógico que, siguiendo el mismo principio, quien se reputa titiritero o controlante de una sociedad fantasma, haga un esfuerzo probatorio por despejar la duda razonable que algunos indicios o pruebas parciales aportados por la contraparte puedan generar en la mente del juez.

No nos parece legítimo que una persona a la cual se acusa de vulnerar el principio general de la buena fe mediante el uso de sociedades, permanezca a la defensiva aguardando agasajada que su contradictor pruebe o perezca.

*n) Legitimación pasiva*

La acción por abuso de persona jurídica se dirige en principio contra la propia sociedad cuyo proceder se cuestiona, abarcando cualquier acto emergente de órganos societarios. Este proceder irregular, a su vez, le es imputable directamente a quienes actuaron con conocimiento de causa como socios, directores, gerentes o administradores responsables.

Se califica, en principio, una actuación de la sociedad que supuso la utilización de la persona jurídica en forma fraudulenta, abusiva o transgresora del orden jurídico.

De esta forma, la sociedad asume como tal la imputación de lo actuado así como también los socios o administradores involucrados. No es posible tratar de evadir la imputación de lo actuado por la sociedad atribuyendo responsabilidad sólo a los administradores, pues la sociedad responde como tal y los administradores también, conforme a las disposiciones vigentes: artículos 83 y 392 de la ley 16.060.

En concreto el artículo 83 establece: "Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios por los daños que resulten de su acción u omisión. El juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño.

Por su parte, en el art. 391 se establece: "El administrador o los directores responderán solidariamente hacia a la sociedad, los accio-



nistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del art. 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Estarán exentos de responsabilidad quienes no hayan votado la resolución y hayan dejado constancia en actas de su oposición, comunicando fehacientemente la misma a la sociedad dentro de un plazo no mayor de 10 días contados desde la reunión en que se haya adoptado la resolución o de la fecha en que se haya tomado conocimiento de ella. La abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad”.

Desde estas disposiciones coordinadas con los arts. 189 a 191, surge que, por ejemplo, los gerentes pueden ser responsables individualmente y solidariamente de los actos irregulares de referencia pues ponen en evidencia que no actuaron con la diligencia de un buen hombre de negocios. Adviértase que en estos casos los administradores responden solidariamente, lo que es una forma de tutelar a los acreedores y al mismo patrimonio de la sociedad por actos irregulares de interferencia con intereses de los socios, de terceros o de la misma sociedad.

La posibilidad de imputar la irregularidad cometida a los administradores es una posibilidad más en beneficio de los afectados pero no es sustitutiva de la imputación de los actos a la persona jurídica infractora, como ya viéramos. De no ser así, llegaríamos al absurdo de que la misma sociedad podría invocar los actos irregulares de sus administradores para evadir su responsabilidad.

En este sentido, el art. 190 inc. 2º de la ley 16.060, refiriendo a la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica de la sociedad, señala: “A estos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad”

Dentro de las personas a que es posible imputar el abuso de la personería jurídica es a las denominadas empresas controlantes.

Conforme el art. 49 de la ley 16.060, se consideran sociedades controladas aquellas que, “en virtud de participaciones sociales o accionarias, o en mérito a especiales vínculos, se encuentran bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades. Una sociedad controlada no podrá participar por un monto superior al de sus reservas disponibles en la controlante ni en una sociedad controlada por ella.

Si se constatan participaciones que excedan dicho monto, se aplicará lo dispuesto en el inc. 2º del art. 47”.

Por su parte, en el art. 50 del mismo cuerpo normativo, se establece que los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada o controlante, en perjuicio de la sociedad administrada, debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas o con compensaciones adecuadas. Serán responsables de los daños y perjuicios causados en caso de violación de esta norma”.

De lo expuesto se deduce que una sociedad puede utilizar abusivamente la forma de otra sociedad cuando de ella depende o la controla, y es en este ámbito que se aplican las disposiciones precedentemente enunciadas.

En síntesis, la legitimación para accionar por abuso de persona jurídica la tienen: terceros, accionistas, socios y, eventualmente, una sociedad vinculada o controlada.

#### *ñ) Consecuencias*

Conforme a los arts. 189 a 191 de la L.S.C., los efectos del abuso de la personas jurídicas son: a) si se actuó con fraude a la ley, se transgredió el orden público en perjuicio de los socios, accionistas o terceros, se puede prescindir de la persona jurídica declarándola inoponible (artículo 189 inc. 1º); b) al declarar a la persona jurídica inoponible, se imputa a quien o quienes corresponda conforme a derecho, en su patrimonio o en sus bienes, los derechos y obligaciones que había asumido la sociedad; c) la declaración de inoponibilidad sólo produce efectos en el caso concreto en el que se dispone la inoponibilidad (artículo 190 inc. 1º); d) no afecta a terceros de buena fe (artículo 190 inc. 3º de la L.S.C.); e) estos efectos son sin perjuicio de la responsabilidad personal (civil o penal) según el grado de intervención o conocimiento que se tuvo en lo ocurrido (artículo 190 inc. 4º de la L.S.C.); f) Finalmente se deberá disponer el registro en la Sección Interdicciones del Registro General de Inhibiciones.

I. Comenzamos por señalar que la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica sólo afecta a los actos en que se detectó la inoponibilidad, no alterando la actuación futura de la sociedad ni la anterior a ese acto. En realidad, la inoponibilidad no refiere al contrato sino a los atributos o efectos que ese contrato tiene respecto a la limitación de responsabilidad.



El art. 190 de la ley 16.060 es claro al señalar que: “la declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad sólo producirá efectos respecto al caso concreto en que ella sea declarada”.

En lo que refiere al concepto de inoponibilidad, como lo indicáramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*, t. III, v. 1, Montevideo, 1999, pág. 131), esta se da cuando el contrato, a pesar de ser válido, no cumplió con ciertas formalidades o requisitos de eficacia que le impiden tener efecto respecto de determinados terceros. Si se incurre en infracción determinante de nulidad, (objeto ilícito, artículo 23 de la ley 16.060), el contrato pierde no sólo la eficacia sino la validez y, en consecuencia, caen todos sus efectos. La nulidad refiere a un sujeto genérico mientras que la inoponibilidad refiere a un defecto funcional, operativo.

El artículo 189 regula el abuso en el ejercicio del derecho de actuar a través de la persona jurídica y no la responsabilidad por incumplimiento en que ésta puede incurrir. No se debe confundir, entonces, inoponibilidad con nulidad, ni incumplimiento con el uso abusivo del derecho de uso de la persona jurídica.

Como lo señala CAPUTO (*ob. cit.*, pág. 193), la inoponibilidad de la persona jurídica tiene los siguientes efectos: a) los socios que buscaron apartarse de los fines legales del negocio societario, perderán la posibilidad de utilizar tal disciplina por no cumplir con los requisitos legales para tal fin y, como consecuencia de tal situación, a ellos se imputará la actuación de la sociedad con relación a las normas u obligaciones cuyos efectos quisieron evitar. b) Los que actuaron de esta forma y los que hicieron posible tal actuación, responden por los perjuicios causados.

En términos generales, conforme a lo que surge del art. 189 de la ley 16.060, el uso de la personalidad jurídica societaria en forma abusiva, o sea, en sentido diferente al previsto por el legislador o los estatutos, se sanciona con la inoponibilidad de la persona jurídica y la sociedad no será considerada como persona distinta de la de sus socios o contratantes en las relaciones con terceros, persistiendo válidamente los efectos de la personalidad jurídica para los actos que ésta realice sin apartamiento de su causa o fin.

Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.

De lo expuesto queda claro que la inoponibilidad no supone nulidad o afectación de la sociedad sino que los efectos operan sobre ciertos actos puntuales que son los irregulares, o los que se van a declarar inoponibles.

La consecuencia principal de ordenar la inoponibilidad de la persona jurídica es que las obligaciones o derechos cuestionados pasan a imputarse directamente en el patrimonio de la sociedad y especialmente en el de los socios o directores que la conforman y responden por esos actos. El inc. 2º del Art. 190 establece que estas obligaciones se imputan a quien correspondan conforme a derecho.

Existe inoponibilidad cuando el negocio no puede tener valor contra el tercero, en el sentido de que respecto de éste las cosas se hallan como si el negocio no existiere. Su situación no está en absoluto influida por el negocio.

Los vicios originarios del acto societario constitutivo pueden llevar a la nulidad o anulabilidad de la misma sociedad. Pero la situación que aquí se analiza es diferente pues alude a la inoponibilidad y no a la nulidad de determinados actos, por ser éstos realizados después de constituida la sociedad, en forma fraudulenta, abusiva o transgresora del orden jurídico.

Se está ante casos de fraude que no causan nulidad sino inoponibilidad. Se propone destruir los efectos de la persona jurídica para determinado acto pero no para otros.

Se debe concluir que, conforme a esta norma, si, por ejemplo, existe simulación, la consecuencia puede ser la nulidad, pero si se incurre en fraude, la consecuencia es la inoponibilidad y los efectos de la inoponibilidad es que el contrato es válido entre las partes pero no produce efectos ante ciertos terceros, o sea, no es oponible a éstos.

II. El art. 190 de la ley 16.060, al regular los efectos, establece que: **“La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.** A esos efectos se imputará, a quien o quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad. En ningún caso la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”.

**La inoponibilidad opera como ineficacia relativa:** el negocio que crea la persona jurídica tiene efecto entre los socios y terceros de buena fe pero no los produce respecto de terceros a los que se preten-



dió abusar. Se despliegan efectos distintos según las personas y las actividades asumidas por éstas o contra éstas.

La sociedad se considera con existencia y no proyecta efectos cuando se actúa fuera del fin objeto social. Si se actúa contra el orden público, la buena fe, con abuso de derecho o con fraude, los actos realizados en este sentido pierden efecto y son asumidos por los miembros de la sociedad.

La inoponibilidad puede operar con respecto a terceros beneficiándolos (acreedores) o respecto de ciertos socios.

Se pierden las limitaciones de responsabilidad que los socios logran a través del uso de la persona jurídica, debiéndose asumir las deudas en su totalidad por el patrimonio de las personas involucradas. DOBSON (ob. cit., pág. 13) aclara que de lo que se abusa no es de la persona jurídica sino de la responsabilidad limitada y, en consecuencia, ésta es la que cae, comprometiendo el patrimonio y la responsabilidad de quienes usaron en forma errónea la persona jurídica.

La imputación de la obligación que se pretende eludir es directa en el patrimonio del autor. Corresponde aclarar, como lo hace CAPUTTO (ob. cit., pág. 206), que la propia sociedad no queda desobligada como resultado de la desestimación de la persona jurídica por abuso de derecho. Nadie puede invocar su culpa para obtener un beneficio y si se desobliga, permitiría la maniobra de que la propia sociedad, cuando le convenga, invoque la inoponibilidad de sus actos por abusos cometidos por sus propios socios, lo que no sería correcto.

III. Además, **la declaración de inoponibilidad tiene efectos relativos frente a terceros perjudicados de buena fe.** La declaración de inoponibilidad respecto de ciertos actos no afecta la normal y futura actuación de la sociedad. Afecta sí a la relación jurídica particular resultado del uso indebido de la persona jurídica. Se desactivan los derechos y obligaciones que se pretendía asumiera la sociedad y se imputan a las personas o patrimonios de quienes usaron mal la persona jurídica. En este sentido la persona jurídica queda temporalmente suspendida al no poderse invocar con relación a los actos determinados por fraude, transgresión al orden público (con apartamiento de la buena fe o con abuso de derecho). Lo que se vuelve inoponible no es tanto el negocio sino la personalidad jurídica que se trata de invocar.



IV. Como ya señaláramos, uno de los aspectos fundamentales es que **el socio o administrador que participó de la maniobra deba resarcir los daños y perjuicios.**

RIPPE (ob. cit., pág. 89) sostuvo que la prescindencia de la persona jurídica no exonera de responsabilidad a los participantes en los hechos, por el contrario, ellos tendrán responsabilidad personal en la producción de los mismos, pero para el autor esta responsabilidad no es solidaria sino proporcional a su participación efectiva, teniendo en cuenta el grado de intervención y conocimiento de ellos.

En nuestra opinión, la responsabilidad puede en ciertos casos ser solidaria, cuando está involucrada la responsabilidad de los administradores de darse los supuestos previstos por los artículos 83 y 391 de la ley 16.060 donde expresamente se refiere a la posibilidad de responsabilidad solidaria de los administradores cuando éstos no han actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Si bien el art. 190 no alude a una responsabilidad solidaria sino que la concreta al grado de participación en los hechos según la intervención y conocimiento de ellos (inc. 4º), si el involucrado en la responsabilidad es el administrador, a la luz de lo previsto en el art. 83 de la ley 16.060, al mismo se le podría considerar solidariamente responsable frente a la sociedad y los socios por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.

Si, como bien señala GULMINELLI (ob. cit., pág. 297), la actuación torpe ha sido realizada de tal manera que, según la normativa general sobre responsabilidad de los administradores, deja a éstos comprometidos, obviamente es inexcusable que se les responsabilice solidariamente.

Si obrando con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, en las circunstancias del caso el administrador hubiera debido advertir la torpeza de la actuación, ineludiblemente quedará responsabilizado.

En definitiva, como lo señala el autor citado (ob. cit., pág. 248), nada impide que el afectado pueda demandar directamente al administrador responsable, como lo señala la normativa antes citada.

**A través del abuso de la persona jurídica podemos incurrir en responsabilidad penal** de configurarse, por ejemplo, el delito de insolvencia societaria fraudulenta, regulado en el art. 5º de la Ley 14.095, en cuanto preceptúa: "el que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de



un tercero, será castigado con pena de 12 meses de prisión a 10 años de penitenciaría”.

*o) Otros aspectos procesales*

Cuando la inoponibilidad se presenta por vía de acción, se debe seguir en juicio ordinario (art. 189 de la L.S.C.). El tercerista puede plantearlo en vía de excepción o de defensa (Ver Suprema Corte de Justicia, sentencia de 5.10.01, L.J.U., c. 14.377). Al referir la ley a juicios ordinarios estaría excluyendo específicamente la posibilidad de plantearlo por la vía monitoria.

En el ámbito de la doctrina y jurisprudencia laboral y fiscal (PLÁ RODRÍGUEZ; “Sobre el alcance de la noción de conjunto económico”, en *Revista Judicatura*, pág. 11), se crea **el concepto de conjunto económico** por lo que, en definitiva, se llega también a prescindir de la persona jurídica pero sin que se tengan que cumplir las exigencias del artículo 189 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En concreto, según este autor, no sería necesario el fraude o el abuso, alcanzando con la existencia de centros de decisiones comunes o centros comunes de interés que acrediten que se está ante una única fuente de responsabilidad, alcanzando con ello para prescindir de la persona jurídica.

Se entiende que hay conjunto económico si los trabajadores, por ejemplo, están en una y otra empresa, si tienen jerarcas comunes, asesores comunes, instrumentos comunes, se intercambian los trabajadores. (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2do. Turno, sentencia de 5 de febrero de 1998, L.J.U., c. 13.553)

La teoría del conjunto económico es de existencia anterior a la ley 16.060 y respondía a otra realidad en la que rigen principios especiales como el de la protección laboral.

*p) Teoría del “conjunto económico” y el abuso de la personalidad jurídica*

MANTERO MAURI - CHALAR SANZ (“Conjunto económico. ¿Responsabilidad civil de la sociedad matriz?” *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 35, pág. 754) definen al conjunto económico como aquel conformado por varias sociedades que, pese a mantener su independencia jurídica, se encuentran vinculadas por lazos económicos de variada índole, existiendo una de ellas, la matriz, que habitualmente posee poderes de decisión e imposición, de autoridad sobre las otras, encontrándose en ellas la característica que se ha dado en llamar

“facultad de control”, que puede, en determinados escenarios, implicar asimismo dirección unitaria.

*q) Sociedades controladas y el abuso de la persona jurídica*

En nuestro derecho debemos recordar que se encuentran regulados en forma expresa las denominadas sociedades controladas en los Art. 49, 50 y 51 de la ley 16.060. El Art. 49 establece: “**se consideran sociedades controladas** aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias, o en mérito especiales vínculos, se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades”.

En el Artículo 50 se establecen como deberes o responsabilidades de los administradores concretamente que no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada o controlante en perjuicio de la sociedad administrada, debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas o con compensaciones adecuadas. Y serán responsables de los daños y perjuicios causados en caso de violación de esta norma.

Se agrega que la sociedad controlante deberá usar su influencia para que la controlada cumpla su objeto, debiendo respetar los derechos e intereses de los socios o accionistas. Responderá por los daños causados en caso de violación de estos deberes y por los actos realizados con abuso de derecho. El o los administradores de la sociedad serán solidariamente responsables con ellas cuando infrinjan esta norma. Cualquier socio o accionista podrá ejercer acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente o para obtener la reparación de los daños causados a la sociedad. Si la sociedad controlante fuera condenada, deberá pagar al socio o accionista los gastos y honorarios del juicio, más prima del 5% calculado sobre el monto de la indemnización debida.

Como establecen los autores antes citados, la ley uruguaya no considera al conjunto económico como algo ilegítimo en modo alguno sino solamente desvalora la conducta vulneratoria del cumplimiento del objeto de la controlada y/o los intereses de sus socios o accionistas.

No es admisible la tesis de la responsabilidad objetiva de la sociedad controlante con referencia a los daños causados por las empresas controladas.

No existe ninguna disposición que establezca solidaridades entre las obligaciones resarcitorias que hayan generado una u otras empresas entre sí.



Con acierto, NICOLÁS HERRERA (“Teoría de disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho” en *Anuario de Derecho Comercial*, t. 1, pág. 68) ya venía sosteniendo que la sola existencia de un conjunto económico en sentido genérico, de una vinculación de empresas, no amerita, de por sí, la aplicación de la teoría del disregard. Todo aquel que contrata con una sociedad comercial con personería jurídica conoce el alcance jurídico de sus actos y la personalidad jurídica de la sociedad le es totalmente oponible. Hay que probar el abuso de ese derecho genérico de la personalidad jurídica con todo su contenido y sus consecuencias jurídicas. No alcanza con alegar que se utilizó a la sociedad, por ejemplo, con el solo fin de limitar la responsabilidad de quien o quienes son sus titulares. Corresponde sí tener en cuenta que cierta doctrina, siguiendo la opinión de GAMARRA (*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XX, pág. 201) y de JAIME BERDAGUER, (“El concepto de dependencia económica en la responsabilidad contractual del empresario”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 34 pág. 474), entienden que en estas situaciones puede suscitarse la existencia de una relación de dependencia entre las empresas controlantes y controladas que amerita en la eventualidad la aplicación del Art. 1324 del C.C.

No compartimos este criterio por entender que es acertada la tesis de MANTERO MAURI y CHALAR SANZ (ob. cit., pág. 762) cuando sostienen que no es posible aplicar la norma general del 1324, existiendo, como existe, una pauta específica (la sociedad societaria) que constituye un sistema normativo autónomo o *lex specialis* y, como vivo, regula el tema sin establecer una tal responsabilidad; una aplicación extensiva del Art. 1324 a situaciones encuadradas en un sistema especial que prevé soluciones diferentes, resulta vulneratorio y destructivo del mismo.

**En nuestra opinión no es posible recurrir al régimen general para sustituir la existencia de un claro régimen particular regulado por la ley de sociedades comerciales nº 16.060.**

También cierto que en esta temática la teoría del abuso de la personería jurídica no puede aplicarse en forma automática sino que se debe controlar específicamente los requisitos establecidos en la norma para la consideración de la misma.

No es posible aplicar el Art. 189 de la ley de sociedades comerciales si no existe un fraude o abuso de derecho.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, en sentencia 113 de 29 de mayo (publicada en *Anuario de Derecho Civil Uru-*



guayo, t. 36, pág. 775) sostuvo que en el caso los tres demandados integran lo que la doctrina laboral ha llamado "conjunto económico" esto es, cierta situación en la que se admite que un trabajador que ha prestado servicios para varias empresas formalmente independientes y que constituyen una unidad desde el punto de vista económico, invocando principios de estabilidad del empleo y protección del trabajo asalariado, pueda reclamar de cualquiera de ellas, o de todas ellas, sus derechos laborales.

Sin embargo, no parece admisible, continúan los sentenciantes, entender esa consideración al caso en examen, en que se deduce pretensión resolutoria de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble y del cobro de la pena pactada por incumplimiento, por lo cual no se justifican ni la circunstancia ni las razones que ameritan amparar en el ámbito laboral, la legitimación pasiva de todos los integrantes del conjunto económico (PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho laboral*, t. I, pág. 150; HERMIDA URIARTE. *Empresas multinacionales y derecho laboral*, pág. 73). Más allá de la vinculación económica que se pueda acreditar existente entre las empresas no parece posible soslayar la circunstancia de que los actores contrataron únicamente con la empresa X.X. S.A. y por tanto, corresponde accionar únicamente contra ella, tanto por la resolución como para pedir el cumplimiento forzado del contrato.

La creación o adquisición de una S.A. para llevar adelante el proyecto económico de construcción y venta de un edificio en régimen de propiedad horizontal es una práctica generalizada y antigua, que no tiene necesariamente el propósito de disimular que un empresario quiere ocultarse o perjudicar a los compradores, sino simplemente de utilizar una forma jurídica lícita, como es una sociedad comercial, para organizar la empresa y llevar adelante una actividad económica.

Como ya se ha dicho, en nuestro derecho, la mera decisión de llevar adelante una actividad económica a través de un grupo de empresas no es una actividad ilícita per se.

La importancia de la sentencia citada está en que establece con toda claridad la inaplicabilidad en el ámbito civil y comercial del criterio de conjunto económico que se utiliza en el ámbito de la jurisdicción laboral o aún en el ámbito fiscal.

No nos parece acertada la tesis sustentada por ALEJANDRO LAFFLUF ("Conjunto económico. En busca del fraude", *L.J.U.* pág. 25 y ss.), cuando afirma que la teoría de la inoponibilidad de la persona





jurídica permite que la sociedad controlante de un conjunto económico sea responsabilizada automáticamente frente a los acreedores y una sociedad controlada que caiga en la insolvencia no pague a ésta.

Como bien anotan MANTERO MAURI - CHALAR SANZ ("Otra vez sobre la responsabilidad civil en el conjunto económico: análisis de una sentencia relevante" en *Anuario de Derecho Civil*, t. 36 pág. 784) esta tesis puede llevar a consecuencias nefastas pues crearía un verdadero sistema de responsabilidad solidaria carente de respaldo legal.

**Desde nuestro punto de vista es claro que el artículo 51 de la Ley 16.060 que refiere a la regulación de empresas controlantes y controladas no establece ningún sistema de solidaridad ni de imputación de deudas de las empresas controladas sobre las controlantes.** Proponer un criterio distinto implicaría apartarse del orden jurídico vigente.

#### **F) Estudio de diversos casos, en particular, de abuso de la persona jurídica**

##### *a) Abuso de la persona jurídica en fraude a los acreedores*

#### **I. Presentación del tema**

SERICK (ob. cit., pág. 109) destaca que es frecuente el caso en que el deudor trata de salvar sus bienes de la acción de los acreedores en base a la creación de una sociedad a la que transmite todo su patrimonio o parte del mismo. El principio de la diversidad entre las personas jurídicas y sus miembros es explotado por un deudor para fines fraudulentos y la sociedad no pasa de ser, en el fondo, otra cosa que el mismo deudor bajo otra figura.

Como señala NISSEN en el Prólogo a la obra de GULMINELLI (*Responsabilidad por abuso de la persona jurídica*, pág. II), se produce el reemplazo el comerciante individual por la sociedad anónima, pero no por la sociedad anónima que realiza operaciones de envergadura, o que hace oferta pública de sus acciones sino por una minúscula compañía que es, en puridad, sociedades de personas disfrazadas de sociedad de capital, integradas en general por personas vinculadas por lazos familiares o de amistad antes que por su capacidad económica.

Del mismo modo, la facilidad para la constitución de sociedades anónimas, y la desactualizada regulación del capital social por la legislación societaria, hicieron proliferar la existencia de

sociedades que sólo tienen de tales su mera estructura, utilizada desviadamente por su controlante para burlar el principio de la universalidad del patrimonio, consagrado por nuestro ordenamiento civil, conforme al cual la totalidad de los bienes del deudor constituye la garantía de sus acreedores (artículo 2372 del C.C.). Entonces a nadie puede sorprender la existencia de verdaderos patrimonios inmovilizados bajo la titularidad de sociedades anónimas, que no realizan ninguna actividad mercantil, pero cuya personalidad jurídica independiente es opuesta frente a cualquier reclamación patrimonial efectuada por los acreedores de quién es, a la vista de todos, el verdadero "dueño" de la sociedad, como también es opuesto el beneficio de la limitación de la responsabilidad cuando la sociedad anónima cae en quiebra, y sus accionistas miran a los accionantes, que por lo general, y salvo honrosas excepciones, no comparten la misma suerte de la empresa, pretendiendo exonerarse de toda responsabilidad con las exiguas sumas aportadas al momento de constitución de la sociedad, aún cuando ellos no guardaron jamás relación alguna con el giro de la empresa.

## II. Jurisprudencia

*En el caso se concluyó en que se verificó en la causa un agrupamiento societario, con la dirección, control o poder dominante del Cr. M.M., el que, utilizando la operativa de las transferencias patrimoniales de una sociedad a otra integrante del conjunto económico o grupo de sociedades, trató de insolventar a los titulares pasivos de las obligaciones en cuya insatisfacción se funda la pretensión, actuando en fraude y perjuicio de los derechos creditorios de los accionantes. En el caso L.L., personero o testaferro, si bien contestó la demanda lo hizo en forma conjunta con las sociedades demandadas, poniendo en evidencia que no había entre ellos intereses contrapuestos.*

*En el caso la empresa X. X. se ha insolventado al carecer actualmente de patrimonio propio, desconociéndose la solvencia de las personas físicas subyacentes tras la apariencia formal del grupo societario. Entonces la garantía genérica de los acreedores (artículo 2372 del C.C.) se ha desplazado fraudulentamente hacia las personas jurídicas utilizadas como pantalla para la maniobra elusiva, esto es P.S.A., L.E. S.A. y L.C. S.A., que aparecen formal e instrumentalmente como adquirentes de los inmuebles sobre los cuales los actores pretenden hacer efectivo su derecho creditorio.*

*En suma, se verifica una trama comercial compleja, con sucesivas transferencias patrimoniales y concesiones de derechos, que permiten inferir en análisis global que las empresas E.S.A. y L.C. S.A. son sociedades agrop-*



cuarias utilizadas como pantallas para ocultar, mediante las atribuciones patrimoniales formales y ficticias a ellas imputadas, las adquisiciones o incorporaciones reales al patrimonio del controlante Contador M., o la sociedad denominada L.M.S.A., deudores solidarios de los actores.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, sentencia 101 de 10 de mayo de 2000, L.J.U., t. 122, caso 14.030.**

La conclusión del Tribunal sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica en las empresas X.X. e Y.Y., resulta inobjetable al haberse demostrado incontrastablemente su utilización abusiva por el actor en fraude a los acreedores, quedando atrapada dicha maniobra en la prohibición del Art. 169 de la ley 16.060. La norma o principio general es el de la responsabilidad patrimonial universal (art. 2372 del C.C.); la limitación de la responsabilidad no deja de ser una situación privilegiada que la ley ubica en determinados casos, apartándose de principios generales y, por tanto, con carácter excepcional. Dejando de lado las razones histórico-jurídicas que ratificaron el establecimiento de este privilegio, hoy día la doctrina maneja dos razones justificadoras del mismo: la primera sería la disociación típica entre propiedad (riesgo) y control directo de la gestión social; la segunda, sería la capitalización suficiente, atendiendo al objeto social, para servir de garantía a los acreedores. Cuando en la práctica se ve que existe diversidad de "personas" o de "esferas" como los de "control y dirección efectiva externa", rompen la primera de las razones justificantes de la limitación de la responsabilidad, como argumentación de estricta aplicación al caso, máxime si se tiene en cuenta que se trata de sociedades anónimas sin giro empresarial alguno, compradas a los solos efectos de transferirles formal y aparentemente, la titularidad dominial de bienes inmuebles que se colocan fraudulentamente fuera de la esfera patrimonial del deudor.

Además, en el caso, corresponde agregar que no se transgredió el art. 190 de la ley 16.060 por cuanto a las sociedades demandadas de manera alguna puede calificárseles de terceros de buena fe en mérito a que ha quedado fehacientemente acreditado que a través de sus representantes participaron activamente en las maniobras de desplazamiento patrimonial realizadas con el propósito fraudulento de perjudicar el derecho de los acreedores. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 50 de 30 de marzo de 2005, A.J.U., t. XVIII, nº 14.**

b) *Evasión de bienes de la sociedad conyugal a una sociedad anónima*

Son frecuentes los casos en que un cónyuge intenta sustraer bienes de la sociedad conyugal mediante la formación de una sociedad



anónima a cuyo nombre registra diversos bienes que son adquiridos después de casado. Como medida cautelar, en los juicios de divorcio se ha solicitado que se analice la utilización abusiva de la personería jurídica y que esos bienes, en realidad, se determine que pertenecían a uno de los cónyuges y, en consecuencia, a la sociedad conyugal. En los casos en que se ha aplicado este instituto jurídico se ha comprobado la estrecha relación del cónyuge con las referidas sociedades: formando parte de su directorio; habiendo integrado los aportes de capital etc.

En la práctica, es frecuente comprobar que conocidos ciudadanos o ciudadanas, acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre ni el auto que diariamente usan, y mucho menos los bienes importantes que adquieren en el transcurso de los años, estando pendiente la existencia de una sociedad conyugal.

Las sociedades anónimas en estos casos, terminan siendo las dueñas de todos los bienes cuando llega el momento de liquidar una sociedad conyugal o establecer una pensión alimenticia, se actúa con frío cinismo, haciendo valer una falsa insolvencia, incurriendo en todo tipo de abusos que muchas veces se presencian con verdadera resignación, constatándose cómo de esta forma, mediante la utilización de la persona jurídica en forma abusiva, se violan leyes y se ocasionan graves daños e injusticia sociales.

En el análisis de este tema se debe tener presente muy especialmente que el Art. 2002 del C.C. ordena: "Aquél de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiera ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su posesión en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada". En el derecho jurisprudencial vigente sobre el tema se ha sostenido que para que se configura esta ocultación, son necesarios tres presupuestos: la ocultación, el dolo o la intención fraudulenta y, finalmente, el caudal partible (Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 23 de 21 de marzo de 1989).

En consecuencia, cuando se utiliza una persona jurídica para afectar el patrimonio de una sociedad conyugal, es perfectamente posible aplicar no sólo el Art. 2002 del Código Civil sino todo lo que sobre el particular regula el Art. 189 de la ley 16.060 a que ya se hiciera referencia.

La jurisprudencia nacional da cuenta de un interesante fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, de fecha 3 de mayo 1979, como consecuencia del cual se aplica, aún antes de la ley 16.060, la teoría del disregard a una sociedad anónima que contenía

realmente todo el patrimonio de la sociedad conyugal, cuya existencia era utilizada para resistir el pago de pensiones alimenticias y mantener totalmente al margen de su actuación a la esposa.

En este caso, la teoría del disregard impidió que el demandado soslayara y ocultara al otro socio el real conocimiento de la marcha de la sociedad, evitando los innegables abusos a que puede conducir la noción exacerbada de la persona jurídica de las sociedades (A.D.C.U., t. X, c. 738).

Como lo señala EMA CAROZZI ("La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito de la sociedad conyugal" en *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 11, pág. 95 y ss.), toda vez que uno de los esposos utilice indebidamente la personalidad jurídica que la ley atribuye a la sociedad comercial, como medio de burlar las normas que componen el régimen matrimonial legal en perjuicio de su consorte, será éste último, o en su defecto, sus herederos, titular de la acción de inoponibilidad. Por el contrario, en aquellos casos en que la personalidad jurídica atribuida por la ley a la sociedad comercial sea utilizada por uno o ambos cónyuges en perjuicio de los derechos de terceros, por ejemplo, de un acreedor, será dicho acreedor el legitimado activamente para ejercer la acción de disregard.

La autora citada, compartiendo la opinión de NICOLÁS HERRERA ("Teoría del disregard del legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho", *Anuario de Derecho Comercial*, 2001, pág. 59), entiende que la acción de inoponibilidad es subsidiaria y que consecuentemente sólo será aplicable cuando no proceda recurrir directamente a la acción de simulación por interposición de persona. Este criterio luego se consolida con la ley 16.060 y la misma posición fue sustentada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, (L.J.U., c. 12.073)

Si en el proceso se solicita la aplicación directa de los Arts. 189 y 190 de la ley 16.060, el juez lo único que puede hacer es declarar la inoponibilidad de la personería jurídica revelando la realidad subyacente y determinando quienes son los verdaderos propietarios o responsables de las deudas en su caso.

Como señala CAROZZI (*ob. cit.*, pág. 100), si el bien en cuestión hubiere sido enajenado antes de la inscripción de la demanda en el registro y el tercero se encontrara de buena fe, éste no podrá ser alcanzado (Art. 190 inc. 3º de la Ley 16.060).



*c) Abuso de la persona jurídica para evadir obligaciones alimentarias o el régimen de ganancialidad de la sociedad conyugal*

En la jurisdicción de familia se han dado algunos casos en que, con el fin de justificar menores ingresos o de lograr el ocultamiento de cierto patrimonio, la persona instrumenta la adquisición de bienes o transfiere los mismos a una sociedad comercial para evadir total o parcialmente la obligación alimentaria o para excluir bienes del régimen de ganancialidad de la sociedad conyugal. En el caso de la obligación alimentaria la instrumentación de la adquisición o transferencia del bien se puede realizar antes o después de la condena a pagar una congrua pensión alimenticia, ya sea para justificar pago de cuota menor, o bien en el futuro para justificar la reducción de la misma.

*d) Abuso de la personería jurídica para evadir el régimen de legítimas en el régimen sucesorio*

La existencia de una normativa legal de orden público, en la que las partes no pueden desenvolverse en un régimen de libertad, como es el caso de la materia sucesoria, al igual que el de la materia alimentaria o de la sociedad conyugal, muchas veces da lugar a la proliferación del uso de sociedad anónimas en fraude a dichos regímenes. En estos casos se utiliza la sociedad anónima para vulnerar el principio legal de orden público de intangibilidad de la legítima hereditaria.

Llámesse legítima a la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador, y de que éste no puede privarlos sin causas justas y probadas de desheredación (Art. 884 del C.C.).

Cuando, por ejemplo, un padre pretende afectar estas legítimas futuras poniendo bienes a nombre de una sociedad anónima cuyas acciones al portador pertenecen a otro de sus hijos o a un tercero, podría pedirse la consideración de la aplicación del instituto a estudio para poder acceder a la realidad y redistribuir los bienes como corresponde, conforme a derecho.

EMA CAROZZI ("Declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y el derecho sucesorio", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 36, pág. 748), comenta una interesante sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, donde se analiza si procede en el caso descorrer el velo de la personalidad jurídica de una sociedad anónima cuyo único accionista era el causante de autos. La sociedad, cuyas acciones habían pertenecido al causante, era propietaria de un

inmueble, y quien pretende que se declare en su favor la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, es su viuda. Se pretendía por esta acción que el referido inmueble societario fuera reputado a la anciana y luego poder acceder sobre él en mérito al derecho real de habitación previsto por los Art. 888.1 y 889 del C.C.

En el caso, la viuda no podía ejercer el derecho real de habitación por no haber sido ésta sede del hogar conyugal; en consecuencia, como sostiene la autora, era imposible admitir que la sociedad estuviera siendo efectivamente utilizada como instrumento idóneo para lograr un perjuicio, ya que no es posible concebir la violación de un derecho sucesorio que el ordenamiento jurídico no le habría reconocido a dicha viuda.

El instituto de la penetración de la personalidad jurídica o de declaración de inoponibilidad, como lo denomina nuestro derecho, al igual que cualquier otro mecanismo jurídico cuya finalidad consista en limitar o neutralizar el fraude, es de aplicación en todas las áreas del derecho, y como tal, sin lugar a dudas, es aplicable en el derecho sucesorio.

Comenta la autora que un caso de utilización abusiva de la personalidad jurídica de violación del derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente podría darse, por ejemplo, si una persona casada adquiere un inmueble apto para vivienda, pagara el precio, el inmueble fuese utilizado como sede de hogar conyugal, y atento a que al verificarse su fallecimiento en esas condiciones se reunirían todos los requisitos legales que determinarían el surgimiento del derecho habitación a favor de su consorte, a efectos de evitar que al producirse la apertura de la sucesión dicho inmueble resulte gravado con el derecho real de habitación, el cónyuge y verdadero adquirente, transfiera a una sociedad de quien es único accionista o accionista mayoritario el mencionado inmueble. En el caso, concluye la autora, la sociedad había sido constituida 8 años antes del matrimonio; en consecuencia, aunque originariamente hubiese sido adquirida para eludir la persecución de eventuales acreedores, mal pudo haber sido ideada para dañar a una cónyuge que por entonces no era tal.

*e) El abuso de la personería jurídica y los contratos de arrendamiento*

Cuando se invoca la causal de única vivienda para justificar un desalojo, en la práctica se ha dado que propietarios de determinados inmuebles transfieren los mismos a determinadas sociedades anónimas para luego por invocar el carácter de único propietario y justificar la causal de desalojo.



Ya en el año 1973, una sentencia de VÍCTOR RODRÍGUEZ DEVECCI, de 3 de septiembre de 1973, N<sup>o</sup> 273, señalaba que es posible desestimar la forma de las sociedades mercantiles para poder alcanzar a las personas que se esconden tras ellas en los casos en que se advierte que mediante su interposición se intenta obtener una finalidad contraria a la ley. Una ley puede quedar burlada con la utilización de la personería jurídica cuando los individuos a quienes la misma se dirige se ocultan tras de aquella con lo que logran sustraerse del mandato legal.

Los propietarios arrendadores han buscado formas de evadir las trabas que pone el ordenamiento jurídico para limitar las causales de desalojo. Uno de los medios utilizados ha sido, precisamente, el de que una persona jurídica adquiera una finca a fin de permitir luego a quien la integra y detenta la mayoría o totalidad de sus acciones, accionar por desalojo amparándose en la distinta personalidad jurídica de una y otra.

*f) Abuso de la persona jurídica en sociedades creadas con fines edilicios*

En el derecho anglosajón se estudia como clásico el problema que se da con las empresas de construcción inmobiliarias en las que varias personas constituyen una sociedad para comprar un inmueble y, a la vez, forman otra sociedad con la finalidad de realizar las construcciones correspondientes sobre el terreno comparado. Esta última empresa es la que contrata con contratistas y se endeuda sobradamente con terceros. Es sobre esta última empresa que se expiden empréstitos bancarios. Finalmente esta empresa se vuelve insolvente y entra en quiebra. Obvio que las construcciones quedaron en beneficio de la empresa que era dueña del terreno y que por cierto no resulta en nada afectada. La jurisprudencia ha sido coherente en afectar en estos casos el terreno como garantía de las deudas contraídas en la medida que fue posible probar que quienes eran titulares de las acciones de la primera sociedad propietaria final del terreno y de las construcciones eran las mismas personas.

En el Anuario de Derecho Comercial (t. I, N<sup>o</sup> 31) se publica una síntesis de un fallo de VAN ROMPAEY (caso 315) en el que precisamente se aplica la teoría en estudio a un caso en el que se pretendió ocultar la verdadera titularidad del dominio tras el velo de una sociedad anónima por acciones. Cuando los propietarios ganaderos, amparados en la formalidad jurídica de la sociedad a la que estrictamente se transfiere la propiedad de bienes e inmuebles valiosos, o, como en el caso, en la fabricación aparente a uno de los titulares del dominio de





los inmuebles a los solos efectos de su enajenación, dando comienzo a la secuencia contractual a que se hiciera referencia precedentemente, pretende de tal manera eludir responsabilidades personales, haya fértil campo la aplicación de la doctrina de la penetración o del disregard, que sostiene la posibilidad de desestimar la forma de las sociedades mercantiles para alcanzar a las personas que se esconden detrás de ellas.

En el caso se termina por disolver una sociedad aparentemente propietaria del inmueble y se le adjudica a uno de los titulares a los exclusivos efectos de su enajenación a una empresa constructora para luego obtener, cerrando el círculo negocial, como contraprestación, el ingreso al patrimonio de los co-titulares, ahora ocultos tras el velo de la nueva sociedad anónima.

*g) El abuso de la persona jurídica en el derecho laboral*

La situación se plantea con frecuencia cuando ciertas sociedades desaparecen o se funden y gran número de obreros y sus familias quedan sin sustento diario, pues en forma inesperada la fábrica o el comercio dejan de existir, dejando salarios impagos. En estos casos la jurisprudencia se ha preocupado por desenmascarar la existencia de "grupos o conjuntos económicos", de forma que terminen por responder sociedades "colaterales" aparentemente o formalmente desvinculadas pero realmente integrantes del mismo grupo económico.

En nuestro país, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo, en sentencia de 10 de febrero de 1984, puso en evidencia la existencia de un grupo económico ante un reclamo salarial. La sentencia da por probada la existencia del grupo económico entre dos sociedades en base a tres circunstancias: la identidad de personas que integran el directorio de las empresas; la identidad de giros comerciales, y la existencia de transferencia de personal entre una y otra. Tratándose de relaciones laborales es imposible ignorar la existencia del grupo; considerando que el único empleador que se ha comprometido con cada trabajador es la sociedad que ha participado del contrato de trabajo respectivo, pues eso importa dejar de lado la protección efectiva que corresponde brindar a los trabajadores. De ahí que, más allá de la máscara formal, hay que buscar y responsabilizar a los titulares del poder y de la decisión, tratando en esta forma de evitar que se eluda, mediante el recurso de constituir diferentes personas jurídicas colectivas, las responsabilidades de índole laboral que dicho conjunto de empresas adquiere frente a sus dependientes (L.J.U., T. 89. 10.168).

La doctrina laborista nacional, en diversas posturas, ha admitido la vigencia en nuestro derecho de la denominada "teoría del abuso de la personalidad jurídica" aun antes de la ley 16.060, particularmente en las hipótesis de la denominada insolvencia patronal, cuando, en definitiva, se desconoce quién fue el empleador, cuando se dieron variaciones sucesivas en la titularidad de las empresas (por absorción, fusión o transferencia); cuando se da un desajuste entre la realidad y la forma (por ejemplo, para evadir impuestos, evadir el pago de obligaciones laborales se oculta a los verdaderos propietarios).

En otras oportunidades hacen aparecer sub-contratistas o empresas insolventes de intermediarios que suministran personal.

En todos estos casos interesa saber cuál es el verdadero operador y no es de extrañar que se considere responsable a una empresa aparente, independiente, que es la sucesora o la que controlaba a otra empresa desaparecida (JOSEFINA PLÁ RODRÍGUEZ, "Concepto de empresa para el derecho laboral", en la obra *14 Estudios sobre la empresa*, pág. 54 y 55).

Ya sea por aplicación del principio de la continuidad que hace persistir la relación laboral, más allá de todos los cambios societarios; ya sea por el principio de la privacidad de la realidad el que permite desentrañar, más allá de la documentación formal, más allá de la constitución jurídica societaria, la realidad; ya sea por aplicación del principio de la buena fe que también ayuda a exigir un apego a la verdad y un cumplimiento fiel de las obligaciones del empleador; ya sea por aplicación del principio de la racionalidad que también contribuye a clarificar la verdad y el fundamento de las situaciones planteadas, en definitiva, por todas estas razones, se hace prevalecer la realidad prescindiendo de las formas con las que aquella pretendió ocultarse.

En la *Revista de Derecho Laboral* (t. 24 n° 121, pág. 93), HERMIDA URIARTE comenta una interesante sentencia del Juzgado Letrado del Trabajo de 1er. Turno, de 26 de diciembre de 1978 en la que se acepta este criterio y se sostiene que el derecho laboral tiene suficiente autonomía para otorgar personería laboral a determinadas realidades, sin que esto importe otorgarlas a todos los efectos jurídicos y puede también descartar, dentro del ámbito laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas pero que, trasladada al campo laboral, originaría serios perjuicios al trabajador.

En la actualidad, la jurisprudencia laboral ha consolidado el concepto de conjunto económico para proteger al trabajador. En este sentido podemos tener presente la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno (sentencia 83/05 de 14 de abril de 2005) donde se sostuvo que en el derecho laboral la noción de conjunto ecológico sirve y opera para expandir la responsabilidad por deudas de naturaleza laboral, hacia quienes tienen una real conexión con el uso de la disponibilidad de trabajo del empleado, el que no tiene porqué saber con quien ha establecido, en la realidad jurídica, un vínculo obligatorio bilateral.

Para prescindir de la forma se invoca la teoría del conjunto ecológico y con ello se funda una condena in totum a los demandados en tanto la idea del empleador único corresponde a la concepción de empleador real, contrapuesto al empleador aparente, apoyado en principios de primacía de la realidad y el principio protector de tanto arraigo en el derecho laboral.

PÉREZ DEL CASTILLO ("Conjunto económico o grupo de empresas", en la obra *42 estudios sobre la descentralización empresarial y derecho del trabajo*, pág. 175 a 199) sostiene que los integrantes del grupo han de ser unidades autónomas. No es indispensable la existencia de una empresa madre; basta que las empresas sean controladas por uno o varios accionistas. Quienes detentan las acciones del grupo pueden ser personas físicas o sociedades. Sólo interesa que las distintas unidades estén bajo un control común.

En la sentencia referida se cita la opinión de PLÁ RODRÍGUEZ (ob. cit., pág. 154) quien entiende que conjunto económico se configura si presenta los siguientes factores: unidad de domicilio patrimonial de la empresa; similitud u analogía del giros con concomitancia o sucesividad; utilización común de instrumentos industriales; identidad de organización administrativa o comercial, identidad de la integración de los directores o mandatarios de las empresas referidas o alguno de sus miembros; imposición de una empresa a otra de condiciones de modo de crear una situación de supeditación real, etc.

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno, por sentencia 83/05 de 11 de abril del 2005 (suma 135.066; L.J.U., t. 145) aplica la teoría del disregard para que los reclamos laborales accedan directamente a los dueños de la sociedades. Con la aplicación de la ley 16.060 se logra responsabilizar en forma personal a los socios, controlantes y directivos, por determinados incumplimientos del ente societario.



**En nuestra opinión**, el régimen de inoponibilidad de la persona jurídica regulado por la ley 16.060, tiene un ámbito de aplicación que presupone la existencia de una relación jurídica de derecho privado y no de derecho público. En principio involucra intereses privados y no intereses públicos, como los que pueden estar presentes en las relaciones laborales o fiscales.

Cuando el administrador de una sociedad actúa en fraude que puede llevar a la insolvencia abusiva en perjuicio del trabajador, no debemos olvidar la responsabilidad solidaria del administrador respecto de los daños causados en estos casos a terceros, resultado directo o indirecto de la violación de la ley, de los estatutos o por mal desempeño de su cargo (Arts. 391 y 83 de la L.S.C.).

Esta solidaridad pasiva de origen legal, justifica, al tenor de lo previsto por el artículo 1398 del C.C., que el acreedor tiene el derecho de pedir la totalidad del crédito al deudor que elija, el cual está obligado a pagarlo por entero. La demanda deducida contra uno de los deudores no impide al acreedor que demande a los otros. Además, la demanda deducida contra uno de los deudores, interrumpe la prescripción respecto de todos, etc.

*h) Abuso de la persona jurídica en materia fiscal*

Con frecuencia, como modo de evasión fiscal, las empresas se dividen y subdividen en nuevas personas jurídicas formalmente independientes pero sustancialmente vinculadas. Estas divisiones artificiales pueden ser lesivas para la recaudación fiscal; por ejemplo, en la medida en que ello se hace para disminuir los montos imponibles. El derecho tributario en algunos casos ha insistido en subjetivizar a la empresa con la aplicación de la teoría los grupos económicos, no reconociendo el carácter de independientes a las diversas jurídicas dependientes del mismo grupo económico. En el análisis de este tema se debe prestar atención al Art. 6 inc. 2º del Código Tributario en cuanto ordena: "las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador, fue definido atendido a la realidad y no la forma jurídica".

En función de esta disposición, aun con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 16.060, se podía prescindir de la personería jurídica cuando la misma era utilizada para defraudar o evadir la aplicación de impuestos.



FAGET PRATTI ("El 'disregard of legal entity' en el derecho tributario", *Revista de Derecho Tributario*, n.º 116, pág. 389 y ss.) entiende que existiendo fraude fiscal, ya con el Art. 6.º del Código Tributario se podría exigir la prescindencia de la persona jurídica. Hoy se aplica la ley 16.060, debiéndose cumplir sus exigencias, pero puede ser invocada por la Administración Fiscal en el proceso administrativo, sin recurrirse, según estos autores, a la vía judicial.

VALDÉS COSTA (*El derecho tributario como rama jurídica autónoma y sus relaciones con la teoría general del derecho y demás ramas jurídicas*, pág. 37) sostuvo que con esta norma se acoge el método de integración de la ley tributaria según la realidad económica, junto a los demás métodos admisibles, lo cual constituye una de las características e importantes innovaciones del derecho tributario destinada a impedir el abuso de las formas jurídicas con el propósito de eludir obligaciones impositivas.

La ley tributaria quiere que situaciones económicamente iguales reciban igual tratamiento y que los particulares, a través de sus convenciones, no puedan alterar la realidad económica prevista por el legislador como presupuesto de las obligaciones tributarias.

*i) Abuso de la persona jurídica en el derecho administrativo*

Un fenómeno cada vez más frecuente lo constatamos con las consecuencias del denominado "huida del derecho público al derecho privado", por el que la Administración busca beneficios actuando a través de personas jurídicas de derecho privado.

En estos casos, a nivel internacional, se asume que los terceros afectados por el hecho de que la Administración actúe por entidades instrumentales, por ejemplo, vía concesiones, estarían facultados para imputar a la empresa matriz (en este caso, el Estado), los actos de éstas con el fin de lograr la sujeción al derecho administrativo.

En la medida en que el derecho administrativo gira en el entorno de una administración pública, o sea, el estado, como persona jurídica, cabe plantearse si, en ciertos casos, no es necesario levantar el velo de las personas jurídicas instrumentales usadas por el Estado.

La administración del Estado utiliza la personificación de entes como técnica organizativa para lograr mayor economía, celeridad, eficacia, flexibilidad de gestión, entre otros tantos beneficios.

Con relación a estos nuevos entes, la Administración no puede defraudar patrimonialmente a nadie, y tampoco es el fin que se pueda buscar con su creación. Cuando el estado actúa a través de perso-



nas de derecho privado lo hace con un fin instrumental y no con un fin fraudulento.

En principio, los entes o personas jurídicas que crea el Estado para actuar en el ámbito privado, están en relación de dependencia o relación instrumental y bajo el control del Estado. Los terceros, al verse afectados por la actuación de las entidades instrumentales o dependientes, en caso de que éstas se insolventen o no respondan de sus obligaciones, pueden accionar directamente contra el Estado, prescindiendo de la persona jurídica instrumental. Se debe permitir el levantamiento del velo de la persona jurídica en estos casos pues, como sostiene ORTIZ BAAMONTE (*El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid, 2004, pág. 82), ello permite atribuir a la entidad dominante la actuación de la empresa instrumental. La primera consecuencia es que la dominante responde subsidiariamente de las obligaciones de la filial, lo que se traduce en la regulación de la situación por pautas propias del derecho administrativo.

En nuestro país, SAYAGUÉS LASO (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, pág. 666), sostuvo que el Estado no responde por sus concesionarios y que el art. 24 no los alcanza. Por su parte, MARTINS ("La responsabilidad de la Administración y los funcionarios en la Constitución", *Revista de Derecho Público y Privado*, t. 30, pág. 232) sostuvo que en las concesiones no tiene el Estado la gestión ni la dirección del servicio y no responde por el concedido.

Frente a esta opinión estuvieron quienes, como CAJARVILLE PELUFFO (*Sobre la reforma del Estado y derecho administrativo*, Montevideo, 1996, pág. 22), consideraron que el Estado es responsable de los daños que causa en la ejecución de los servicios dados en concesión porque, si bien no están bajo su gestión, están bajo su dirección o control. En igual postura DELPIAZZO (Responsabilidad del estado y los concesionarios de los servicios públicos, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VII, pág. 57) sostuvo que en estos casos el Estado responde subsidiariamente porque la relación del usuario es, en primer lugar, con el concesionario. El Estado no responde por el proceder del concesionario sino por su actuación según las pautas generales de responsabilidad en lo que refiere a las gestiones de contralor.

Cuando la persona jurídica actúa en forma independiente pero bajo la relación de contralor, de forma que una empresa, el Estado, está en situación de poder ejercer autoridad sobre la empresa ejecutante, lo que le permite al eventual afectado accionar directamente contra el Estado y prescindir de la persona jurídica del concesionario.

### G) Conclusiones

1) Se pregunta DE ÁNGEL YAGÜEZ (ob. cit., pág. 94) si la técnica del levantamiento del velo encierra un mecanismo de reflexión autónomo, esto es, apto para llegar a desenlaces a los que no se llegaría de otro modo o si, por el contrario, constituye una construcción jurídica en la que realmente lo único nuevo y original, por así decirlo, es su ya arraigado nombre. Compartimos con el autor el hecho de sostener que nociones jurídicas básicas, como el fraude a la ley, el fraude a los acreedores, el abuso de derecho o el respeto a la buena fe, se presentan como categorías adecuadas para solventar muchos de los problemas que, quizás con una excesiva inclinación a "lo nuevo", dicen resolverse mediante el recurso a la técnica del levantamiento del velo. Podría llegar a pensarse que la teoría propuesta del levantamiento del velo de la persona jurídica no es más que un academicismo o una pura curiosidad técnica. No obstante creemos, con el autor citado, que no debe ser así.

Somos de la idea de que la regulación de este tema ha contribuido a que el mismo sea aplicado en parámetros de mayor seguridad, brindando mayores garantías al sistema jurídico todo. Somos conscientes de que la aplicación de esta teoría se mueve sobre la base de conceptos generales y abiertos que, para algunos, pueden llegar a afectar la certeza del derecho pero que, en esencia, no es así, pues lo que realmente determinan es una apertura para que el juez actúe, según las circunstancias del caso, en el logro de la justicia a cada realidad que se debe enfrentar.

Como bien señala LÓPEZ MESA (ob. cit., pág. 199), aún cuando estemos ante figuras que se duplican, pues en definitiva se basan en el fraude a la ley, en el orden público, o en el abuso de derecho que ya son de vigencia general, no siempre la ley da todas las respuestas ni prevé las necesidades futuras, por lo que no está de más tener una herramienta de repuesto expresamente referida al caso concreto que se va a resolver. En el derecho, continúa el autor, lo que importa es el producto final más que el proceso para llegar a él.

2) En la actualidad, la vigencia del alcance mismo de la persona jurídica y de la sociedad civil o comercial depende de que se actúe con corrección en la aplicación de los criterios de desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica cuando ésta se utiliza para abusar de derechos actuando por fines que no son estatutarios ni amparados por la ley.

3) Como destaca DOBSON (ob. cit., pág. 11), este instituto ha logrado una ubicación definitiva en la teoría general del derecho;



4) Se trata de evitar, con el control del abuso de la persona jurídica, que no se abuse del criterio de limitación de responsabilidad patrimonial que rige para estos casos aunque los fenómenos sean diferentes;

5) La teoría del abuso de la persona jurídica o de la inoponibilidad tiende a la responsabilización directa o personal de los socios o administradores cuando se actúa al margen de los fines autorizados por los estatutos o el orden jurídico.

6) Con realismo, LÓPEZ MESA (ob. cit., pág. 1) destaca que si bien en principio la sociedad comercial fue un instrumento valioso para el logro de fines que individualmente no eran posibles, a poco de andar el siglo XX no tardó en comprobarse la sospecha que venía agitando desde tiempo antes: que la concepción rígida y formalista de la persona jurídica llevaba a un callejón sin salida. La reducción de la personalidad ideal a una simple figura formal, a un simple recurso técnico, permitió su utilización para otros fines privativos de las personas que las integran y distintos a los de la realidad social para la cual nació esta figura jurídica.

7) La denominada teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, como ya se dijera, sólo tiene sentido ante una visión formalista de la persona jurídica como un ser ideal distinto del de sus miembros. En realidad, siguiendo un enfoque realista más que prescindir de una forma de lo que se trata es de limitar las circunstancias en que se actúa contando con el beneficio de la limitación de la responsabilidad patrimonial. No hay velos que se levantan sino determinación de las circunstancias en las que se obtienen ciertos beneficios a través del uso correcto de la persona jurídica.

En definitiva, lo interesante a destacar en esta teoría parte de sostener que la limitación de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica está condicionada a que se actúe dentro de los fines para los que fue reconocida.

8) Consideramos que aún queda mucho por hacer y conciencia por asumir en lo que refiere a la utilidad práctica de la teoría del abuso de la personería jurídica y su importante significación para el respeto y vigencia del derecho societario, tan importante para el desarrollo económico y social del país.

Cierto temor a la discrecionalidad del juez a la hora de calificar los fraudes o los abusos es que ha llevado a propuestas limitativas o restrictivas en la propuesta de esta teoría, en muchos casos hoy carentes de respaldo legal. Causa sí inseguridad jurídica conceptos



como el de “conjunto económico” usados en el ámbito laboral o fiscal, con el que se busca prescindir de la persona jurídica pero sin invocar causales claras más allá de la necesidad de proteger al obrero o la de recaudar tributos, lo que es sin duda impreciso y determinante sí de inseguridad jurídica.

9) Desde nuestro punto de vista, el artículo 189 de la Ley de Sociedades Comerciales, establece lo que en el tema puede ser un principio general con vigencia en distintos ámbitos en lo que refiere a las posibilidades de prescindir de la persona jurídica siempre, claro está, que se respeten los requisitos establecidos por esta norma.

#### H) Proyecto ley para ajustar el alcance del art. 189 de la ley 16.060

Creemos que deben superarse ciertas imprecisiones del artículo 189 para lo cual se propone, ante una eventual reforma, el siguiente proyecto normativo:

**“La actuación de la sociedad para fines no reconocidos por sus estatutos o la ley, configurando situación de fraude a la ley o abuso de derecho, transgrediendo el orden público, las buenas costumbres o la buena fe, frustrando derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o administradores que lo hicieron posible, los que, a su vez, serán responsables solidarios de los perjuicios que ellos puedan causar a terceros, a los socios e incluso a la misma sociedad.**

**Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados”.**

#### I) Jurisprudencia

1. *La teoría del disregard o de la penetración de la persona jurídica, se ha dicho, descansa sobre la premisa de la ficción de la persona jurídica, que puede servir para, en base a ella violar una ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros, debiendo en tales hipótesis ser descartada, arribando así al conocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad comercial en un caso concreto a fin de permitir llegar a las personas físicas o jurídicas detrás de aquélla, y a la realidad económica subyacente, para aplicarles el derecho positivo correspondiente a la situación concreta (SERICK, *Apariencia y realidad de las sociedades comerciales. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, pág. 241; Nicolás Herrera, *Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso del derecho*, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. I, pág. 55).*

*La doctrina ha expresado que la comunicación de la responsabilidad sólo podrá provocarse en hipótesis legales especialmente previstas o en circunstancias en que proceda la acción de inoponibilidad, siempre que se den los extremos habilitantes a tales efectos.*

*Esto es, la prueba fehaciente de la utilización de la sociedad como instrumento para violar el orden público, con fraude en perjuicio de los socios, accionistas o terceros.*

*Lo previsto en el artículo 187 de la ley 16.060 es de estricta aplicación dada su excepcionalidad, requiriéndose el fraude a la ley, la violación del orden público o la utilización fraudulenta de la persona jurídica en perjuicio de accionistas o terceros, requiriéndose probar fehacientemente la utilización de la sociedad como instrumento legal con los fines expresados.*

*La fehaciencia probatoria exigida, se entiende, no debe llegar a los extremos que impidan la utilización del instituto a través de los elementos presuncionales como prueba principal, pero dichas presunciones deben tener tal entidad que permitan llegar a la plena convicción. En estos casos los jueces deben actuar con extrema cautela y, en caso de duda, rechazar la acción inicial.*

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia 216/03 Anuario de Derecho Comercial. T. XI, caso 10.**

~

2. La ministro integrante Doctora Salvo, expresa en su voto que adhiere a la posición que entiende que cuando la sociedad anónima es únicamente titular de inmuebles, sin desarrollar actividad mercantil, está siendo utilizada desviadamente por su controlante para burlar el principio de la universalidad del patrimonio, lo que configura un abuso de personalidad jurídica (Nissen, en prólogo a la obra de Ricardo Gulminelli, "Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica", Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. XI).

Atento a la plataforma fáctica relevada, hubiera progresado una acción por inoponibilidad de la personalidad jurídica, con base en los artículos 189 y ss. de la ley 16.060 ya que, como enseña SERICK (ob. cit., pág. 109) al analizar el ámbito de aplicación de la doctrina del apartamiento o desestimación de la persona jurídica es frecuente el caso de que un deudor trate de salvar sus bienes de la acción de los acreedores a base de fundar una sociedad a la que transmite todo su patrimonio o partes esenciales del mismo. Aquí el principio de diversidad (persona jurídica y sus miembros) es explotado por un deudor para fines fraudulentos y la sociedad no pasa de ser otra cosa, en el fondo, que el mismo bajo otra figura, entonces es menester prescindir de este principio.

*Empero, si se configuran los requisitos de la simulación, por el carácter subsidiario del disregard en nuestro derecho positivo, se estima que correctamente se reclamó únicamente la nulidad basada en tal circunstancia. Herrera (“Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho” en Anuario de Derecho Comercial, pág. 59) expresa que si se da la simulación no procede el disregard. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 197/03, A. D. Comercial, t. XI, caso 12.*

~

3. Para prescindir de la persona jurídica descorriendo el velo que cubre a las personas físicas que la integran, no resulta suficiente, la simple constatación de que diversas sociedades integran un conjunto económico con control empresarial unitario sino que se requiere la existencia de fraude en perjuicio de los acreedores, requisito de fundabilidad que actualmente la ley de sociedades comerciales reconoce a texto expreso en su artículo 189. Como sostuvo el redactor antes de la sanción de dicha ley (L.J.U., c. 11.008) para la actuación del instituto del disregard en caso de concentraciones de empresas en conjuntos económicos que, bajo el ropaje de personas jurídicas independientes, escondan el control unitario a cargo de una o más personas físicas, se estima el presupuesto fundamental de que mediante el agrupamiento se persigan finalidades ilícitas o contrarias a derecho. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, sentencia 59/93, A.D.Co., t. VII.

## 10. EJERCICIO ABUSIVO DE LA POSICIÓN DOMINANTE<sup>42</sup>

### A) Concepto de libre competencia (real y leal)

Posición dominante es la situación de fortaleza, poder económico, que permite a cierta empresa actuar en forma independiente a las incidencias de la libre competencia. Ello puede ocurrir por contar con un poder excesivo o por la falta de competencia. Lo que sucede es un apartamiento del mercado y del equilibrio establecido por la competencia, lo que permite abusos e iniquidades que deben ser controlados.

Como antecedentes normativos en nuestro país, podemos citar, en primer lugar, el art. 36 de la Constitución que consagra la libertad de comercio: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio y profesión o a cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

<sup>42</sup> Ver generalidades sobre el tema en la obra del autor Desequilibrio en los contratos (privados y públicos), Montevideo, 2008, pág. 438 y ss.



Además, en la propia Constitución, en el art. 50 se establece que: "Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado".

Con fecha 20 de julio de 2000, se dictó la ley 17.243 cuyo Capítulo IV reguló la defensa de la competencia en los arts. 13 a 15 y, posteriormente, la ley 17.296 de 21 de febrero de 2001, en los artículos 157 y 158, también refirió al tema, especialmente en los aspectos sancionatorios que habían sido omitidos en el primer cuerpo normativo.

Finalmente se dicta la ley 18.159 de 20 de julio de 2007, que regula la defensa de la competencia y en especial el abuso de la posición dominante en el mercado.

Es de destacar que en el Art. 1º se establece que la ley es de orden público y en el Art. 2 se establece que todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia salvo las limitaciones establecidas por la ley por razones de interés general.

Esta libertad de competir requiere diversidad de entes económicos que actúen en el mercado en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, tratando con productos similares de atraer a la clientela para la adquisición de bienes y servicios. Los oferentes tratan de llegar al mercado con mayor calidad y menor precio, y el adquirente aspira a hacerse del producto o servicio de la mejor calidad y al precio más económico. Con la vigencia de estas libertades y en la medida en que las mismas sean transparentes, se llega a contratos y precios equilibrados también denominados precios y contratos de mercado.

Las conductas irregulares que pueden afectar en forma ilícita el equilibrio contractual, pueden surgir de: a) prácticas concertadas entre agentes económicos (ejemplo, acuerdo de precios entre empresas para elevarlos); b) presiones de asociaciones de empresas; c) por abuso de la posición preeminente en que se puede encontrar una empresa particular con relación al mercado.

Se requiere, además, que con ello se logre distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en perjuicio del interés general y de los consumidores y del mercado mismo.

Para BERGEL - PAOLANTONIO ("Abuso de la posición dominante y abuso de derecho" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n. 16) hay libre competencia cuando el acceso al mercado queda abierto y la oferta y la demanda inciden en los precios, y la producción y la venta no están limitadas artificialmente, no estando

afectada la libertad de acción y elección de los proveedores, de los compradores o de los consumidores.

En diversas normas, al regular el abuso de la posición dominante en el mercado, se prohíben conductas lesivas de la igualdad o el trato discriminatorio. Así, en el Art. 4 lit. C de la Ley 18.159 no se permite aplicar injustificadamente condiciones desiguales a prestaciones equivalentes. No se puede discriminar precios, condiciones, personas o grupos de productos. Se prohíben directamente las prácticas discriminatorias injustificadas.

Con referencia al ámbito de aplicación de la ley 18.159, en el artículo 3º se ordena que quedan sometidas a la ley las personas físicas, jurídicas, públicas o privadas con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en el país o fuera de él, siempre que sus actos puedan tener efectos en el mercado nacional.

El derecho de la competencia leal y real supone el esfuerzo por conseguir una ventaja en el mercado mediante la mejora en las condiciones de la oferta y la demanda dirigidas a clientes o proveedores, disputando con otros competidores una misma clientela.

Como dijimos, la competencia es considerada por el orden jurídico como un bien necesario para el libre mercado. El derecho de la competencia pretende lograr el objetivo de su tutela y regulación.

El derecho a la competencia es la manifestación más importante de la libertad de empresa en la economía del mercado (art. 36 de la Constitución).

La libertad y el derecho de competencia permiten utilizar todos los medios lícitos para captar mercado y atraer clientes, ajustando la oferta y demanda según la mayor eficiencia, la calidad y precios, que permitan una mejor penetración en el mercado según la aceptación lograda en la clientela.

La libertad de concurrencia puede causar daño a los competidores en la medida que les sustrae clientela, pero ese daño es lícito. Cuando este derecho se ejerce en forma abusiva o contrariando las exigencias de la buena fe, entramos en el ámbito de la competencia desleal. El derecho de la competencia es el ordenador de las relaciones en el mercado, reconociendo y protegiendo junto a los intereses de los competidores, los de los consumidores, y el interés público en el mantenimiento del orden concurrencial.

Necesariamente interaccionan tres intereses: libertad de empresa, libertad de competencia y protección del consumidor. La compe-



tencia de una empresa en el mercado está marcada por el peso y el poder de venta que ha logrado.

### **B) Ejercicio abusivo de la posición dominante en el mercado**

MERCANT (ob. cit.) define el abuso de la posición dominante como la situación en que la empresa queda en el mercado considerado con total independencia de sus competidores y en definitiva de los consumidores. El autor citado sostiene que para poder conceptualizar adecuadamente este tema tan amplio se tiene que tener en cuenta tres aspectos: 1) la existencia de una posición de dominio; 2) el comportamiento abusivo y 3) la posición del mercado.

Para definir la existencia de abuso de la posición dominante debe determinarse el mercado a considerar.

No se alude al mercado en general o en forma abstracta sino que se debe limitar al análisis de un mercado concreto que es en el que se ejerce la posición dominante.

Para marcar el mercado relevante se puede recurrir a criterios geográficos, temporarios u objetivos. En los dos primeros casos, se limita un espacio y tiempo a considerar. El criterio objetivo analiza la situación concreta, considerando los productos que sobre el rubro se ofrecen en el mercado, analizando si son sustituibles, complementarios, etc.

La determinación del mercado relevante es previa a la consideración de la existencia de un posible abuso de la posición dominante.

Respecto a la **posición de dominio**, implica ser titular de un poder que se ejerce a través de una o más empresas mediante la confiscación de su provecho de la influencia sobre el mercado y determinar su conducta con total independencia de sus relaciones verticales u horizontales y de comportarse de tal forma que la posición de competencia económica sea utilizada, consciente o no, para conservar y reforzar ese poder. Se requiere, además, lo que es propiamente el comportamiento abusivo; o sea, la empresa dominante actúa sin la justificación de un interés objetivo, explota o perjudica gravemente a las otras empresas que operan en el mismo o a los consumidores

Se requiere identificar un mercado afectado por los casos de abuso de la posición dominante, que es el denominado "**mercado relevante**".

Una empresa está en posición dominante cuando está en condiciones de operar en el mercado sin tener en cuenta a la competencia de vendedores o compradores del mismo producto o servicio en un



lugar y tiempo determinado. Para un único producto o servicio, es el único oferente o demandante dentro del mercado de referencia o, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.

Se entiende que existe dominio del mercado cuando se actúa en forma independiente, prescindiendo del efecto del competidor.

Cuando los agentes económicos (productores, distribuidores o proveedores) realizan estrategias para eliminar o afectar la libre competencia, pueden llegar a causar serios daños tanto a las empresas competidoras como a los mismos consumidores, y es por ello que se suele regular el tema, autorizándose, según los casos, severas sanciones administrativas y aún penales.

Puede suceder, por ejemplo, que se dé un acuerdo entre dos o tres productores de un mismo bien para subir el precio.

Las gestiones tendientes a eliminar competidores, concentrando poder o decisiones, son medidas monopolizadoras, tratando de abusar de una posición dominante lograda en el mercado.

En el art. 2 de la Ley Argentina N° 22.262 de 1° de agosto de 1980, se establece que una persona o empresa está en posición dominante en el mercado cuando es la única oferente del producto o servicio en el mercado o, sin ser la única, no está expuesta a competencia».

En la ley Argentina N° 25.156, art. 4, se dispone: "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas gozan de una posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o en una o varias partes del mundo o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o cuando por el grado de integración vertical u horizontal, está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado".

A su vez, en el art. 5 se establecen las circunstancias que se pueden ponderar para identificar esta posición dominante, tales como: a) el grado en que el bien o servicio es sustituible, condiciones y tiempo para tal sustitución; b) el grado en que las restricciones normativas limitan el acceso del producto u oferentes o demandantes al mercado; c) el grado en que el presunto responsable puede influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores pueden contrarrestar ese proceder.

En el art. 4° del Protocolo de Defensa de la competencia del MERCOSUR de 1996, se consideró infracción a las normas de la libre

competencia, los actos individuales concertados con el fin de limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso en la posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios, en el ámbito del MERCOSUR».

La concentración de poder económico por sí sola no es nociva. Lo que importa es qué se hace con ese poder.

Hay abuso de derecho o de la posición dominante cuando este poder se usa en forma antifuncional o antisocial.

La diferencia está en que en el abuso de derecho se tutelan derechos particulares y en el abuso de la posición preeminente vamos a la tutela de derechos sociales.

La mera concentración de poder económico, por sí, no configura ninguna irregularidad. Lo importante es qué se hace con ese poder. Si se abusa del mismo, puede afectarse tanto un interés público como privado.

**Existe abuso de la posición dominante cuando ésta se usa para obtener beneficios o ventajas indebidas en perjuicio de otros.** Se utiliza el dominio para imponer precios; productos o servicios que de otra forma no se lograría. Puede utilizarse esta posición dominante para discriminar injustamente a quienes participan del mercado e indirectamente imponer sus productos y lograr beneficios irregulares.

Nos ocupamos sólo de una de las formas de abuso de la posición dominante por su proximidad a la lesión, que es la que considera abusiva la concertación o imposición directa o indirecta de precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva (Art. 4 literal A de la ley 18.159).

Aquí lo abusivo del precio no está marcado por la contraprestación sino por lo que es el precio normal del producto en el mercado.

Como destaca BERGEL PAOLANTONIO (*ob. cit.*, pág. 16) lo abusivo o injusto está referido a lo que son los precios normales del mercado y no a la contraprestación en forma directa y de aquí la diferencia sustancial con la lesión. Se condena el «imponer»; o sea, el actuar cuando la otra parte no tiene posibilidades de negociar o está en posición de debilidad.

El abuso tiene dos proyecciones: una horizontal y otra vertical. La primera se traduce en perjuicios relacionados con empresas del mismo rubro. La segunda, se traduce en perjuicios concretos al con-



sumidor, del momento que se termina por imponerle condiciones perjudiciales a sus intereses.

Hay abuso de una posición dominante cuando no hay competencia o ésta no es real o efectiva.

En este sentido, el Artículo 2º de la ley 18.159 dispuso: «Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general.

Se prohíbe el abuso de la posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias económicas en los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, con la posibilidad de obtenerlas a través de formas alternativas, y el beneficio se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia.

El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.

Luego, en el art. 6 del mismo cuerpo normativo, se estableció que : «A efectos de lo previsto en el artículo 2º de la presente ley se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores.

Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar perjuicios a otros, los que no hubieran sido posibles de no existir tal posición de dominio» (Art. 7 del Dto. 404/07).

El abuso de la posición dominante no es más que el abuso de derecho en o sobre el mercado, o sea, abuso en la libertad o del derecho de la iniciativa privada en el mercado, gobernado por pautas de libre



competencia. En concreto, se está ante una forma de actuación que se aparta de las pautas establecidas por el derecho de la competencia.

En el abuso de la posición dominante la conducta abusiva se considera en relación al mercado en perjuicio del interés general. Se abusa del derecho de competir en el mercado y lo que era lícito se convierte en ilícito o abusivo.

### **C) Formas de abuso de la posición dominante**

#### *a) Presentación del tema.*

Se declaran expresamente prohibidas en el art. 4º de la ley 18.159, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2º de la presente ley, y el art. 5º del Dto. 404/07, las siguientes prácticas: .

La enumeración que se realiza es a título enunciativo.

- A) Concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva.
- B) Limitar, restringir o concertar de modo injustificado la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico de bienes, servicios o factores productivos, en perjuicio de competidores o de consumidores.
- C) Aplicar injustificadamente a terceros condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.
- D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos.
- E) Coordinar la presentación o abstención a licitaciones o concursos de precios, públicos o privados.
- F) Impedir el acceso de competidores a infraestructuras que sean esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos.
- G) Obstaculizar injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo.
- H) Establecer injustificadamente zonas o actividades donde alguno o algunos de los agentes económicos operen en forma exclusiva, absteniéndose los restantes de operar en la misma.



- I) Rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios.
- J) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos.

Existe posibilidad de que este abuso se dé en forma horizontal, o sea, entre empresas, o bien en forma vertical, entre la empresa y los consumidores o usuarios. Los tutelados en el tema no son sólo las empresas entre sí, sino los mismos consumidores.

La defensa de la competencia no es un ataque a la libertad de empresa.

SORIANO GARCÍA (*Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998, pág. 43) señala que la única forma de proteger la verdadera libertad es regulando la lealtad en la competencia. Toda libertad para ser tal tiene que tener sus límites, si no es libertinaje.

El consumidor no puede tolerar que, por el solo hecho de que se unan las empresas que elaboran el mismo producto, éste suba injustamente de precio.

El poderío puede llevar a renunciar derechos, por ejemplo, de reclamar por vicios o defectos, exigir compras mínimas.

La limitación arbitraria de la producción puede afectar el precio y perjudicar al consumidor.

La fijación de condiciones desiguales o discriminaciones se ven como inaceptables. Ej. en precio, en plazos.

Subordinar un contrato a la firma de otro, obligando a comprar algo que no se pensaba adquirir, es una práctica frecuente: si no me compras A, no te vendo B. Es difícil concebir la competencia perfecta, pues normalmente las empresas cuentan con ventajas exclusivas en la materia prima, la marca, etc.

Lo que se requiere es que el acceso al mercado queda libre o abierto, pudiéndose escoger entre diferentes proveedores.

**Una cosa es que exista una posición dominante, y otra que se abuse de ella.**

El abuso puede manifestarse a través de:

1. La imposición de precios injustos de compra o de venta;
2. La destrucción de cultivos sin causa;
3. Ventas por debajo del costo por razones no justificadas;
4. Imponer como condición para la venta, que no se consuman otros productos;

5. La obstaculización a los competidores del acceso a materias primas;
6. La distribución del mercado por zonas.

El art. 86 del «Tratado de Roma» es la columna vertebral en el enunciado del ejercicio abusivo de la libre competencia. En dicha norma se refieren las siguientes prácticas:

- a) **precios injustos**; por ser altos o bajos. Se dice que el precio bajo beneficia al consumo, pero no es así, pues se usa para captar el mercado y luego para mantener cautivo al consumidor.  
El Protocolo del MERCOSUR XIII, refiere a las ventas por debajo del costo.
- b) obtener o influir en la **adopción de conductas comerciales uniformes** o concertadas entre los competidores;
- c) **controlar la investigación o dificultar las inversiones** destinadas a la producción de bienes o servicios;
- d) **dividir** el mercado;
- e) **impedir el acceso** al mercado.

Si analizamos los casos enunciados en el art. 4 de la ley 18.159, advertiremos que se «prohíben» los acuerdos o las gestiones que tengan por efecto restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, distribución y comercialización, de bienes o servicios.

Estamos ante una norma imperativa de orden público, que prohíbe determinadas conductas que puedan tener por fin afectar la libre competencia.

Realiza luego la norma un enunciado no taxativo de cuáles son estas prácticas o acuerdos prohibidos ya enunciados.

En el literal A) refiere a los casos en que se trate de imponer precios de compra o venta, u otras condiciones de transacción, abusivas para los consumidores. Este inciso supone admitir la existencia de precios abusivos. La pregunta entonces será ¿cómo determinar cuándo el precio que se impone es abusivo?

La respuesta debe darse en atención a lo que son los precios normales de mercado de ese producto o servicio. La abusividad, en estos casos, como bien lo señalan BERGEL - PAOLANTONIO («Abuso de la posición dominante y abuso de derecho», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, pág. 16), puede ser por exceder la media del mercado, como por bajarla, ya que ambas conductas pueden incidir en la competencia en forma negativa.

En el literal B), se alude a la limitación de la producción como práctica abusiva en perjuicio de las empresas y los consumidores.

Se entiende que si la limitación de la producción es por causas justificadas, no existirá conducta indebida, pero si se realiza abusando de la posición dominante en el mercado, para, por ejemplo, distorsionar los precios, podrá incurrirse en una conducta prohibida.

El literal C) limita la aplicación de condiciones negociales desiguales para operaciones similares o equivalentes. O sea, no se admiten discriminaciones infundadas que coloquen al afectado en situación de desventaja en el mercado.

En el literal D), se regula lo que se denomina «venta cazada», o sea, el caso en que se condiciona la realización de un contrato a que se acepte otro contrato que no tiene relación con el contrato originario. Así, por ejemplo, abusando de la posición dominante en el mercado, para vender fotocopiadoras impone una venta de determinado papel como insumo.

El último de los casos referidos, aparece regulado en el literal E), y alude a la hipótesis de comercialización de productos por debajo de sus costos como estrategia de captación sin causa justificada.

Finaliza el art. 4 estableciendo como condición de aplicación de estas situaciones el hecho de haber causado un «grave perjuicio relevante al interés general».

En este último aspecto, nuestra normativa ha dejado de lado lo establecido en el Protocolo del MERCOSUR, donde no aparece esta última exigencia y la infracción se tipifica asumiendo la conducta prohibida sin que sea imprescindible el causar un perjuicio grave. Esta exigencia, en los hechos, quita toda eficiencia a las prohibiciones antes comentadas, pues será muy difícil probar en cada caso si existió un «grave perjuicio», y que, además, afectó al interés general.

*b) Abuso de la posición dominante por no contratar.*

Como viéramos, al abuso de derecho se puede llegar por el ejercicio irregular de un derecho o por omitir ejercerlo cuando se podía y debía hacerlo. La negativa a contratar, como surge del literal I, puede afectar derechos y es una forma de abuso de la posición dominante. Así, la negativa injustificada de venta de cierta materia prima.

Es posible que la negativa de contratar sea injustificada o carente de razonabilidad y, por tanto, no podrá ampararse en la libertad empresarial.

*c) Abuso de la posición dominante y abuso de la dependencia económica contractual.*

En la actualidad, los desequilibrios en los contratos importan no sólo cuando están involucrados consumidores como parte débil del contrato sino también cuando una de las partes en situación de poderío económico o de control sobre la otra, puede imponer condiciones injustificadamente gravosas para quien "las asume".

Uno de los aspectos más delicados en la regulación de la denominada defensa de la libre competencia parte de la existencia de nuevas formas de concentración de poder (económico jurídico) que lleva a que muchas empresas actúen bajo el dominio o imposición de otras en situación de verdadera dependencia más que de propia gestión.

Cierto es que preservar un ámbito de competencia genuino en el mercado no es sencillo y las formas de dominio de unas empresas sobre otras son variadas acorde a las estrategias que se sigan, entre las cuales puede estar, precisamente, la de adoptar medidas para encubrir o disimular esta situación de verdadera dependencia económica. Lo concreto es que como consecuencia de estas situaciones, lo primero que se perjudica es la transparencia y cristalinidad en el mercado.

Sea a través de una forma de relación vertical u horizontal, las estrategias de penetración en el mercado pueden llevar a crear verdaderas "redes" de operación coordinada y controlada que son formas de relacionamiento en algunos casos para la rivalidad, en otros simplemente para la concertación de poder.

En este relacionamiento estratégico, que en muchos casos pasa por crear formas de contralor o dependencia, es fácil imponer condiciones abusivas con las que se termina por distorsionar realmente el mercado. No se pelea en el mercado por el menor precio y la mayor calidad para captar el consumo sino que se termina por limitar las posibilidades de elección del consumidor en lo que se le presenta en un mercado sin opciones reales.

Desde nuestro punto de vista, en el Art. 4 literal A de la ley 18.159 está regulada la esencia de la figura denominada en otros países (Italia, ley 192 de 18 de junio de 1998) "abuso de la dependencia económica".

La norma referida, como viéramos, establece que **se considera practica prohibida "a) concertar o imponer directa o indirectamente precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva"**

La importancia del tema radica en que los desequilibrios contractuales se producen cuando la empresa concreta impone, directa o indirectamente, precios de compra o de venta de manera abusiva.

En este tema se tutela no sólo los desequilibrios en los contratos sino y especialmente el desequilibrio en el mercado, por las consecuencias graves que sobre él puede tener este tipo de abuso.

El contrato es utilizado como instrumento de abuso o de imposición y la razón de la tutela está no sólo en la existencia de abuso sino en el hecho de que se está afectando con ello la libre concurrencia en el mercado. Para que exista posibilidad de imponerse se debe enfrentar un fuerte (una empresa) contra un débil (una empresa), sea desde el punto de vista económico o jurídico.

Como lo destacara NATOLI (*L' abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pág. 113) no debemos olvidar que el principio de la intangibilidad del contrato no es pura y simplemente intangibilidad del acuerdo alcanzado sino la intangibilidad de un acuerdo idóneo para alcanzar la función del contrato en cuestión. Si estas funciones naturales y propias del tipo contractual no se cumplen en la medida en que el contrato es utilizado como instrumento de imposición de prestaciones abusivas estamos, conforme a estas disposiciones, ante actuaciones transgresoras de normas de orden público con sus consabidas consecuencias en el ámbito de las nulidades (Art. 8 y 1560 del C.C.)

Las condiciones de transacción "abusiva" en el contrato a que refiere el Art. 4 de la ley 18.159 son aquellas que determinan claros e injustificados desequilibrios en las prestaciones en lo que refiere a la distribución de derechos y obligaciones, riesgos y beneficios, evidenciando la existencia de conductas transgresoras de lo que en el caso suponía un proceder de buena fe. En definitiva, en términos de NATOLI (*Ob. cit.*, pág. 133) el abuso se constata en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias.

La situación de dependencia económica o de abuso debe calificarse en forma genética, o sea, al inicio del perfeccionamiento del vínculo.

La norma comentada parece limitar su ámbito de aplicación a operaciones de compra y de venta. Según un enfoque estricto, no podríamos salir de la figura de la compraventa cuando, en realidad, el sentido que debe darse a la norma es abarcativo de todo lo que suponga entrega de cosa por precio: compraventa, distribución, agen-

cia, suministro, concesión. Luego la disposición refiere a “otras condiciones de transacción...”, dando posibilidades de ampliar el ámbito de aplicación normativa.

*d) Abuso del poder de contratar*

Los abusos cometidos en situaciones de dependencia económica han determinado que doctrinos como MONTICELLI (*Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica*, Roma, 2006, pág. 69) comenzaran a diferenciar la propiedad en sentido jurídico de la propiedad en sentido económico. Puedo tener la propiedad jurídica pero no el poder económico sobre ella. Puedo tener sobre el bien un control sustancial o meramente formal y esto es lo que comienza a valorarse cada vez más en el mercado.

Tiene la propiedad económica del bien el que puede dirigirlo y controlarlo. En el ámbito contractual, VIRASSAMAY (*Les contrats de dépendence économique*, París, 1986) plantea la teoría de los contratos dependientes como aquellos contratos controlados por una de las partes que domina o controla la relación jurídica.

Tal lo que en la práctica vemos, en ocasiones, en los contratos de concesión, donde una empresa controla e impone condiciones a la otra.

**Una cosa es que exista dependencia económica y otra que se abuse de la dependencia económica.** No es lo mismo el hecho de que exista la posibilidad de abusar que el abusar en sí mismo. La propia norma regula casos de sociedades controladas (art. 49 a 50 de la ley 16.060) donde existe dependencia económica lícita y no por ello necesariamente deben existir abusos. Los desequilibrios en las prestaciones en sí no son necesariamente injustificados y abusivos, pudiendo encontrar una explicación en la distribución general o global de los riesgos y beneficios entre las partes.

Existe control societario o dependencia contractual cuando dos o más sociedades están sujetas a un centro de control o decisión con facultades de hacer valer sus decisiones (arts. 49 y ss. de la ley 16.060). Este control, como lo señala MERLINSKY (*Manual de sociedades anónimas*, Montevideo, 2008, pág. 43), puede ser interno, ejercido por la participación en órganos de dirección, o puede ser en mérito a especiales vínculos ejercido desde afuera de la sociedad, sea por algún contrato firmado entre la sociedad o bien por situaciones de hecho (Ejemplo, lo que ocurre cuando hay dependencia absoluta en la compra de materia prima). El controlante, como tal, asume respon-



sabilidad especial, como ser, el tener que velar porque la controlada cumpla su objeto, no afectando el interés de los socios o accionistas. Además, la controlante responde solidariamente por infracciones a estos deberes o por abuso de poder cometidos en el ejercicio del poder de controlar.

De aquí se deduce que en estos casos la actuación de la sociedad controlada se imputa a la sociedad controlante, respondiendo ésta en forma solidaria e ilimitada por los daños causados.

Se imputa al controlante la responsabilidad por los daños y perjuicios de la actuación irregular de la sociedad controlada.

Esta normativa que regula el tema es índice de la desmitificación que en la ley se hace de la persona jurídica lo que, junto con otras normas como los artículos 189 y ss., llegan a conformar un verdadero principio general en lo que refiere a la posibilidad de prescindir de la forma cuando en la práctica se incurre en abusos o fraude. En la ley 16.060 de sociedades comerciales han quedado reflejados principios generales de singular relevancia. Así, el principio de la sociedad comercial como contrato implícito, surgiendo este criterio en un sinnúmero de artículos como los arts. 2, 6, 7, 10, 22 a 25, etc. Además, está vigente el principio de la conservación de la sociedad que aparece en los artículos 3, 24, 25, 27 y 144; el principio de la custodia de las minorías (arts. 93, 94, 330, 356 y 362).

Especial relevancia damos al principio de la prescindencia de la persona jurídica y al principio de la transparencia evidenciados en los arts. 50, 53, 54 y 189 y ss., imponiendo la responsabilidad del controlante y la del socio aparente.

#### **D) La Ley 18.159 y los desequilibrios en los precios contractuales (Art. 4 literal a)**

Esta norma calificada de orden público fue establecida para fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios a través de la promoción y defensa de la competencia, operando como estímulo de la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso al mercado (Art. 1).

Para ello se prohíbe el abuso de la posición dominante no permitiéndose «concretar o imponer directa o indirectamente **precios** de compra o venta u otras condiciones de transacción de **manera abusiva**» (Art. 4 literal a).

Este texto, desde cierto punto de vista, se vuelve incompatible con lo previsto en el Art. 30 de la ley 17.250 cuando al regular las



cláusulas abusivas ordenaba: «la apreciación del carácter abusivo no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato **siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible**».

El Art. 4 literal A de la Ley 18.159 no se limitó a regular la abusividad de los contratos por adhesión como sucedía en el Art. 30 de la ley 17.250, siendo de carácter general.

En definitiva, lo que interesa destacar aquí es que, por un lado, el Art. 30 de la Ley de relaciones de consumo había dado a entender que, en principio, no era posible incurrir en abusividad en relación al precio del producto o servicio, “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

En la actualidad, el precio abusivo puede tener relevancia ya no sólo cuando el texto de las cláusulas no sea claro y comprensible sino, estando a lo que surge del Art. 4 literal A de la ley 18.159, también pasa a adquirir relevancia cuando se alude a precios de compra o venta u otras condiciones de transacciones que se intentan imponer en forma abusiva.

**Al regularse la libre competencia en la Ley 18.159 se prohibieron los acuerdos para imponer directa o indirectamente precios abusivos a los consumidores.**

Algunos autores (Roppo, ob. cit., pág. 149) consideran que cuando la norma regula la abusividad en el desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones, ello trae implícito incidentalmente diferencias de valores o costos económicos. Para Roppo (ob. cit., pág. 155), cuando una parte abusa de su posición preeminente, sea económica o psicológicamente, e impone un contrato en condiciones inicuas, existe causa ilícita y el contrato es nulo.

El Art. 4 de la Ley 18.159 prohíbe el abuso de la posición dominante para aplicar condiciones desiguales o precios abusivos, lo que puede llevar implícito un proceder transgresor del deber de actuar de buena fe.

Una transgresión a la conducta debida en parámetros del deber de actuar de buena fe puede determinar la nulidad del contrato. El deber de actuar de buena fe es una norma imperativa no negociable entre las partes (de orden público), al igual que la ley 18.159 (art. 1).

Cuando en los *Principios Generales de la Contratación Lando* se regula la vigencia de la libertad contractual, se establece que las partes son libres de celebrar el contrato y establecer su contenido dentro del respeto de la buena fe y las normas imperativas.

Cierto es que se debe respetar la libertad y la subjetividad a la hora de marcar precios, respetando el interés de los particulares; pero esta libertad de establecer valores, como toda libertad, es tal en la medida en que se marquen sus límites, fuera de los cuales pasa a importar el abuso, el fraude, la explotación del estado de necesidad... y ante ello el orden jurídico no puede tutelar un «mercado salvaje» o un capitalismo desahogado.

Ciertas situaciones ponen en evidencia un trato desigual en la medida que se explota a unos y no a otros, o se abusa de la posición dominante.

Cuando en el Art. 4 literal A de la ley 18159 se considera práctica prohibida la concertación o imposición directa o indirecta de precios abusivos, se presupone la existencia de valores que pierden relación razonable con el valor de la contraprestación. Este desequilibrio por abusividad en el precio debe ser claro, significativo e injustificado, siguiéndose pautas similares a las que se aplican al definir cuándo una cláusula es abusiva. Ciertos desequilibrios en los precios se producen dentro de lo que es alea normal del contrato y en cuanto tales carecen de relevancia a estos efectos. No se trata aquí de invocar la existencia de estas prácticas cuando un negocio sale mal, pues no es éste el espíritu ni la razón de ser de la norma que a lo único que apunta es a proteger el libre mercado de abusos de poder normativo o dependencia económica entre empresas.

Adviértase que el desequilibrio debe ser injustificado, pues puede ocurrir que los precios sean más altos o bajos que los normales y ello encuentre una explicación en la realidad comercial de cada caso. La razonabilidad y la ponderación de las circunstancias de tiempo y lugar son relevantes a la hora de calificar la posible abusividad en el precio el que requiere, a su vez, una debida ponderación de la totalidad del contrato en su globalidad y no por cláusulas aisladamente.

Corresponde agregar que las consecuencias a la trasgresión de las normas que regulan la libre competencia de orden público en principio son meramente administrativas (Art. 17 de la ley 18.159) estableciendo la posibilidad de apercibimientos, multas pero estas sanciones no excluyen las que corresponden por aplicación de normas generales que pueden llevar a responsabilidades civiles tendientes al resarcimiento de los daños causados y a la posible nulidad por transgredir normas de orden público (Art. 1 de la Ley 18.159, Art. 8 y 1560 del C.C.). En estos casos, además, se da la peculiaridad de que por tratarse el precio de un elemento sustancial en la relación contractual, la nulidad en la cláusula del precio puede llegar a deter-

minar la nulidad absoluta del contrato y no sólo la nulidad parcial, como ocurre en otro tipo de cláusulas abusivas.

Se enfrenta en estos casos un problema práctico muy delicado pues, como advierte cierta doctrina (BERGEL PAOLANTONIO, «Nulidad total y parcial en las relaciones de consumo» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1995, N° 8, pág. 142; y LARENZ, *Derecho Civil*, Madrid, 1978, pág. 636), la nulidad absoluta puede llegar a beneficiar al infractor pues la amenaza de que el contrato quede sin efecto puede llevar a la empresa pequeña o al consumidor a no hacer valer su derecho que lo único que le reportaría, en principio, sería las restituciones recíprocas de las prestaciones correlativas.

Como dice IRTI ("L'ordine giuridico del mercato", en *La Terza*, 1998 pág. 75), el mercado tiene un orden caracterizado por la regularidad o previsibilidad de lo que ocurre. No se puede confundir la certeza en los éxitos del juego de la libre concurrencia, con la ausencia de reglas del mercado mismo.

Razones de orden económico exigen corrección, lealtad en el comercio. Si una parte otorga ventajas excesivas; se aprovecha injustificadamente de la dependencia o del estado necesidad de la otra parte, o de su ignorancia o inexperiencia notoria, el orden jurídico no puede premiar esta actitud con el aplauso de la teoría de la subjetividad. Lo que no es razonable; lo que sale del alea normal, lo que es explotación al débil... no está protegido por el *pacta sunt servanda* y según los casos puede entrar en el terreno de lo ilícito, pudiendo configurar causa ilícita que lleve a la nulidad del contrato o bien el incumplimiento contractual de cara al deber de conducta impuesto por la buena fe.

### E) Jurisprudencia

1. *Para que exista competencia desleal debe existir la concurrencia de varios sujetos operando contemporáneamente, ofreciendo productos o servicios homogéneos o sucedáneos, en el mismo mercado, con el fin de atraer o adquirir para sí clientela.*

*El abuso de derecho (art. 1321 del C.C.) es el ejercicio del derecho con una finalidad distinta de aquella en que se funda su legitimidad. Y tal como lo expresa Kemelmajer, el abuso no se presume y la conducta abusiva debe aparecer inequívoca, en el sentido de que no quepa duda alguna de que se pretende ejercer el derecho en forma irregular, con intención de perjudicar, eligiendo la vía más dañosa o actuando de manera no razonable y repugnante a la libertad y confianza recíproca ("Principios y tendencias en torno al abuso de derecho" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, pág. 218).*

*La competencia desleal se caracteriza por realizar frente a los competidores actividades de denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secreto, discriminación, etc. a los competidores (confusión, engaño) o al mercado (explotación de situación de dependencia, ventas a pérdida, etc.), a partir de conductas contrarias a los usos honestos que provocan perjuicios indebidos (Merlinsky Carrión, Anuario de Derecho Comercial, t. X, pág. 412).*

*Para Messineo (Anuario de Derecho Civil y Comercial, t. III, pág. 573), hay competencia desleal cuando se valga de medios que, por su calidad y eficacia, vayan más allá de su fin de batir a las empresas en competición con las armas de la superioridad técnica, con el más bajo costo de producción, y lesionen el derecho del competidor afectándolo en tal competencia.*

*Los actos configurantes de competencia desleal son ilícitos y se configura la competencia desleal cuando existe un abuso en el ejercicio de la libre competencia, exceso calificado por la ilicitud de los medios utilizados.*

**Suprema Corte de Justicia, Sentencia 161 de 25.VII.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, caso 6.**

~

*2. La represión de la competencia desleal o que procure sancionar el uso de medios, conductas e instrumentos que lesionan la buena fe o la lealtad comercial en las relaciones de estricto carácter competitivo entre agentes económicos privados. Es reprobable la conducta cuando implica el uso de medios que son idóneos para captar clientela ajena, pero a través de instrumentos o de modos comerciales que son inaceptables en función de la ética del comercio, la lealtad comercial, la buena fe que debe regir entre los negocios (RIPPE, El nuevo régimen del derecho de competencia, pág. 77).*

*La Sala tiene jurisprudencia en el sentido de que puede tomarse como régimen legal aplicable el artículo 1319 a 1321 (abuso de derecho) del Código Civil, desde que no existen normas específicas salvo las supranacionales ratificadas por decreto ley 14.910 y la ley 16.671 referente al Convenio de París y Adwick .*

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 607/03 A. D. Comercial, t. XI, caso 199.**

## **11. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE HACER PUBLICIDAD**

### **A) Concepto**

La actividad de publicidad de un producto o servicio tiene generalmente un fin comercial o de lucro dirigido a quienes se trata



de seducir para que adquieran, como consumidores, determinado producto o servicio.

**La publicidad bien realizada es importante para el desarrollo de ciertas empresas y de la actividad económica en general.**

Como bien anota GALVÁN ("Responsabilidad civil derivada de la publicidad comercial", obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995, pág. 502) en la publicidad comercial suele faltar objetividad pues se convierte en la "industria de la tentación", inducción, sugestión, importando sobre todo la técnica de captación que se emplea pues lo que importa es vender más y promover el consumo de cualquier forma.

En la Directiva de la Comunidad Europea 84/450 de 10/IX/84, se definió la publicidad como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios incluidos los inmuebles, los derechos y las obligaciones. Con carácter general la publicidad es toda información dirigida al público con el objeto de promover, directa o indirectamente, una actividad económica.

El desarrollo económico de las empresas depende, en muchos casos, de la publicidad de sus productos tendiente a que, por su intermedio, se aliente el consumo y se pueda vender más. La técnica de la persuasión es una ciencia que se conoce como "marketing".

La denominada "**industria de la persuasión**" (marketing) frente al consumidor, por cierto es positiva cuando es veraz, leal. No lo es cuando se actúa con engaño o con intención de inducir a error.

GARRIGUES (*Publicidad y competencia desleal: un tema de derecho vivo*, Madrid, 1978, pág. 198) destaca que la producción en los hechos no se adapta el consumo, como sería lógico, sino que se busca ajustar el consumo a lo que se produce, lo que es contradictorio y obliga, en ocasiones, a "forzar el consumo" de lo que se ha producido en forma estandarizada.

Se ve cómo la publicidad es un instrumento de economía en el mercado.

La Directiva 450/84 del Consejo de Europa, art. 2.1, se define a la publicidad como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de ciertos servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.



En el Art. 3 de la ley española sobre publicidad se considera ilícita la que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que refiere a la infancia, a la juventud y a la mujer.

En el art. 6 de la ley italiana, emitida el 6 de agosto de 1990, se establece que la publicidad radiofónica o televisiva no deben inducir a comportamientos perjudiciales para la salud, la seguridad y el ambiente.

Volviendo a la directiva 450/84 del C.E., esta vez en el art. 2.2, se define la **publicidad abusiva como aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a sus competidores.**

Toda definición debe tener tres aspectos que son básicos: dos estructurales: información y difusión (por cualquier medio), otro funcional; está dirigida a captar la voluntad del consumidor. La publicidad no sólo informa sino que persuade y orienta al consumo. La publicidad es el «alma del consumo», y el «arma principal de la concurrencia» o competencia en el mercado.

Publicidad es hacer público algo pero con la finalidad de captar, seducir al consumidor para que adquiera o use determinados productos o servicios. La publicidad puede ser meramente informativa, pero no es a ella a que alude la ley. El objetivo de la publicidad a la que refiere la ley 17.250, no es la de informar sino la de vender, captar, seducir al consumidor para que finalmente adquiera el producto.

## **B) Abuso de la confianza y el daño**

En la era de la posmodernidad, el desarrollo de la economía depende en gran parte del consumo y éste, a su vez, se canaliza o condiciona por la publicidad a través de la cual se realizan distintas estrategias de creación de necesidades y captación de la confianza aplicando distintas técnicas de marketing, de forma que los consumidores opten por tal marca o producto.

La publicidad se negocia, muchas veces, en función de resultados de captación traducidos en aumento de clientela o de venta.

El respeto de la confianza sustentada en la apariencia legítima, a partir de la vigencia del principio general y fundamental de la buena fe, se ha convertido en un principio general del derecho (en este

sentido Ordoqui castilla, *Desequilibrio en los contratos*, Montevideo, 2008, pág. 146 y siguientes).

La publicidad es esencial en el libre mercado, pues estimula las necesidades o las crea, a tal punto que se dice que la publicidad es el producto, pues lo que se adquiere es lo que se vio en la publicidad.

El tema de la regulación de la publicidad aparece en todas las leyes de defensa del consumidor.

PACKAR («Los moldeadores de hombres») sostiene que hoy día nadie discute que la publicidad es una fuerza manipuladora de la voluntad de los hombres. Modela los hábitos del consumo, marca un estilo de vida; crea consumidores cada vez más insaciables. La publicidad capta la confianza poniendo siempre de relieve las bondades y virtudes del producto, y generando la necesidad del mismo.

SAMUELSON (*Curso de economía moderna*, pág. 55) sostuvo que la publicidad invade o lesiona el viejo dogma de la soberanía del consumo.

ALPA (*ob. cit.*, pág. 95) considera que la publicidad es el verdadero emblema de la sociedad moderna, pues el binomio publicidad y sociedad de consumo aparece como indisoluble. Precisamente, la aparición de nuevas técnicas de marketing; la publicidad y el crédito al consumo en su nueva dimensión, son los factores que fueron poniendo en evidencia al consumidor como sujeto vulnerable a las presiones del mercado. Ciertamente es que la publicidad cumplía en principio una función meramente informativa, pero hoy se caracteriza por sus técnicas de persuasión o de captación.

Por su parte, ERIC CLARK (*Los creadores del consumo*) sostiene que la publicidad es clave en una época económica de mercado. En el crecimiento descomunal de la gran empresa, la publicidad es un arma de destrucción, de asfixia de la competencia, pues atrapa en sus redes fácilmente al consumidor.

Se capta al joven, al niño ... con más facilidad, conforme al arte de «congelar la inteligencia humana» durante el tiempo necesario como para que el sujeto haga la inversión. Hoy la publicidad se vale de las ciencias sociales y psicológicas y de técnicas especiales para condicionar la conducta humana. Cierta empresa norteamericana sostiene que por aplicación de rayos infrarrojo puede captar los movimientos oculares que se producen con las imágenes televisión para determinar qué es lo que queda más grabado al cliente. Quizás si es algo que le disgusta por lo grosero, violento o sexual, asimila el producto que acompaña a esa escena con más facilidad.



Cuando se habla de la publicidad como industria de persuasión, se suelen citar ejemplos como el que ocurrió en EE.UU. cuando se realizó la publicidad masiva de determinada leche en polvo destacando sus virtudes como importante para la nutrición de los bebés. Ello hizo decaer la lactancia natural y requirió la intervención del Estado.

**Hoy la publicidad es uno de los componentes más importantes del mercado en el desarrollo de la economía.** Es la industria de la tentación y de la sugestión. El fin es vender y vender más, crear la moda, marcar los gustos.

Pero el centro del problema está en que la publicidad genera expectativas legítimas, capta la confianza, y es eso lo que se apunta a proteger cuando la norma dice que la publicidad obliga o que la publicidad tiene que ser veraz.

El derecho sale con un sentido de justicia a proteger esta confianza en expectativas legítimas haciendo asumir las consecuencias de estas expectativas en quien las crea en su beneficio, tratando de evitar daños injustos o el lucro por el engaño.

De esta forma se trata de brindar seguridad entre la confianza y el futuro acorde a lo razonablemente previsible, en función de las expectativas creadas. Se tutela la apariencia en la confianza legítima, o sea, la razonable o justificada según el caso concreto. De esta forma, con la tutela de la confianza que se genera con la publicidad se logra mayor seguridad y evitar perjuicios en aquellos que de buena fe creen que las cosas son como se les dice o presentan.

### **C) Tutela de la confianza en la ley de relaciones de consumo**

El empresario actúa y proyecta su desarrollo económico en atención a las posibilidades de captar al consumidor. En este accionar el consumidor puede ser traicionado por creer de buena fe en lo que ve en la publicidad y considerar como cierto lo que realmente puede no serlo. No es posible admitir el engaño del fuerte sobre la buena fe del débil y es por esto que la Ley de relaciones de consumo refiere expresamente al tema de la publicidad engañosa o abusiva.

Debe exigirse transparencia cuando se actúa a través de la confianza que se es capaz de generar para incentivar el consumo. La credibilidad es hoy un activo de las empresas y este activo se logra asumiendo conductas éticas, acorde a la necesaria transparencia en esta forma de relacionamiento, determinada por la publicidad y los medios de comunicación.

Como bien advertía AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI («Publicidad y consumidores», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N<sup>o</sup> 5, pág. 68) la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta o puede afectar la situación económica de los consumidores.

La protección ante los efectos de la publicidad se debe dar antes de la posible instancia contractual.

Como antecedente importante en el tema diremos que los arts. 24 a 27 fueron tomados de los arts. 36 a 38 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil (Ley 8078), habiéndose dejado de lado la regulación de la denominada publicidad abusiva, lo que supuso, desde nuestro punto de vista, una importante omisión (Ver N<sup>o</sup> 32).

Recordamos que el estudio de estas formas de publicidad reguladas en la Ley 17.250 sólo abarcan a quienes puedan conformar una relación de consumo y lleguen a ser consumidores finales del producto o servicio (arts. 2 y 4).

Desde un punto de vista operativo la publicidad puede instrumentarse con carácter general por diversos medios (art. 14): folletos, afiches, exposición directa del producto. Pueden participar empresas especializadas (agencias de publicidad) que preparan la propaganda y la canalizan por diversos medios de comunicación.

Aquí tendremos a quien contrata la publicidad (anunciante), el que prepara la publicidad (agencia), el que la difunde (radio, TV) y el destinatario (consumidor). Esta distinción importa pues, como veremos, la publicidad «obliga» a quien la emite (proveedor), y a aquél que la utiliza (arts. 12 y 14). Además, puede llegar a ser responsable de publicidad ilícita (engañosa, abusiva) la agencia de publicidad. Estando a la normativa referida, la confianza se ha convertido en un factor objetivo de atribución de responsabilidad basado en la buena fe y orientado a la tutela de la seguridad e indemnidad del consumidor. En forma implícita se protege esta confianza al establecer que toda información debe ser veraz, completa y oportuna (artículo 6 lit. C de la ley 17.250). Además, se alude a ella al estar regulada la publicidad integrada al contrato (art. 13) y la misma publicidad abusiva (art. 24).

Adviértase desde ya que el perjudicado por la publicidad engañosa o ilícita no sólo es el consumidor, sino las empresas que se ven afectadas por lo que, en definitiva, se convertirá en competencia desleal. El fenómeno de la publicidad, en su origen, conforma el derecho a la libre expresión del pensamiento, de origen constitucional, pero este derecho para ser amparado debe ser ejercido dentro de ciertos



límites, del momento que esta libertad de expresión debe ser auténtica (reconoscible), veraz y legal.

#### D) Diferencia entre publicidad y propaganda

Corresponde señalar que una cosa es la publicidad y otra cosa la propaganda. La primera tiene un objetivo netamente comercial, de captación y de venta de un producto.

La propaganda, a diferencia de la publicidad, sólo busca difundir una idea; una imagen (institucional, empresarial), sin conformar una oferta y sin pretender captar una decisión determinante de consumo.

La publicidad, a diferencia del deber de informar, no es de realización obligatoria. La Ley no obliga a anunciar, pero sí a informar al consumidor.

En la propaganda, como dijimos, se trata de difundir una idea (religiosa, técnica, social, educacional etc.); con la publicidad se difunde una necesidad de un producto o servicio con finalidad de lucrarse.

#### E) Clasificación

En **atención a su objetivo** la publicidad se puede clasificar en institucional o promocional. Es **institucional** cuando simplemente se hace referencia al nombre de una empresa o institución, y es **promocional** cuando se intenta lograr la venta de determinado producto o servicio.

Por su relación con el orden jurídico, la clasificación clásica de la publicidad es aquella que propone diferenciar lo que es publicidad lícita e ilícita.

La ilicitud en la publicidad está marcada con carácter general por toda actividad que se realice al margen de la ley, la moral o las buenas costumbres. Ello puede ocurrir con la denominada publicidad engañosa, abusiva, o la comparativa cuando se realiza sin respetar las exigencias legales, faltando a la verdad.

**También se considera ilícita la publicidad desleal, o sea, aquella que por su contenido, forma de presentación o de difusión, provoca el descrédito o el menosprecio de una persona, empresa, producto o servicio (art. 22 B).**

Cuando, con carácter general, se habla de publicidad lícita o ilícita, es porque se califica su técnica o su contenido respecto del orden jurídico vigente.

Ello supone un «control», que puede ser realizado por el Estado o bien ser un autocontrol entre particulares. En ciertos casos se complementan ambos controles.

Estos controles son necesarios, pues la publicidad puede interferir en forma nociva sobre los valores esenciales de la sociedad.

#### F) Principios generales

La publicidad se regula por ciertos principios generales que tienen como finalidad básica proteger al consumidor en su concurrencia en el mercado: en primer lugar, tenemos el **principio de la legalidad**, o sea, que la publicidad debe hacerse conforme a los reglamentos y la legislación vigente.

En segundo lugar, tenemos el **principio de la identificación** de la publicidad. La publicidad debe identificarse como tal; el consumidor debe saber que está ante un acto publicitario. Con ello se quiere censurar a la denominada publicidad subliminal o encubierta, o sea, la que opera sobre el subconsciente, logrando estímulos imperceptibles.

La **publicidad subliminal** es la que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

A ello se alude con claridad en el art. 24 de la ley 17.250, cuando se expresa claramente que toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma que el consumidor la identifique como tal. Si la publicidad es subliminal y se opera sobre el subconsciente del individuo se termina por lesionar la dignidad de la persona.

En tercer lugar, en nuestro derecho tenemos el **principio de la vinculación contractual** de la publicidad. A ello se hace referencia expresa en el art. 14 de la ley 17.250, cuando se dice que los avisos publicitarios obligan al oferente que ordenó su difusión y a todos aquéllos que los utilizan.

En cuarto lugar, tenemos el **principio de la veracidad**, o sea, que la publicidad no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión; debe en todo caso responder a la realidad. No puede inducir en error.

La publicidad considerada como actividad comercial, en ciertos casos parece haber olvidado que su única misión no es la de intensificar virtudes hasta la artificialidad, sino que debe decir la verdad sin maquillajes.

Si bien la publicidad es una de las manifestaciones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del mismo, este derecho, como todo derecho, debe ejercerse dentro de ciertos límites que en el caso están delineados básicamente en el respeto de la verdad. Así, el consumidor realmente tiene el derecho a que se le diga la verdad y que no se le engañe.

En el tema rige el **principio de la transparencia y la corrección** (o lealtad) en el proceder.

Por último, tenemos el **principio de que la publicidad no puede ser abusiva**, o sea, no se puede traducir en una lesión a la dignidad del consumidor.

### G) Caracteres

Atentos al régimen jurídico vigente a partir de la Ley 17.250, la publicidad asume algunos caracteres especiales, como ser:

- a) su fuerza vinculante; y
- b) la inversión de la carga de la prueba.

Estos caracteres, presentados por otros autores (BENJAMÍN, *ob. cit.*, pág. 276) como principios, parten del reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor.

- a) Como ya se dijera al comentar los arts. 12 y 14 de la ley 17.250, la publicidad tiene efecto vinculante e integra el contrato. El contenido publicitario, en la medida que sea lo suficientemente preciso, capta la confianza del consumidor y conforma la información correspondiente a las tratativas propias de la instancia precontractual.

Al establecer la norma que la publicidad obliga, el consumidor puede exigir todo lo que en ella se dice, como si surgiera de un contrato, y si se incumple con lo que dice la publicidad, existirá un incumplimiento contractual con todas las consecuencias que ello implica (art. 33 de la ley 17.250).

Si se contradice lo que surge del contrato y lo que dice la publicidad, rige el art. 13 inc. 2º, priorizándose la cláusula más favorable al consumidor.

- b) El estudio del tema de la inversión de la carga de la prueba en la publicidad, se realiza al comentar el art. 26 de la ley 17.250.

Otra característica está en que con la regulación de la publicidad se protege genéricamente a los clientes y se tutela la competencia leal entre las empresas.

Aquí los consumidores son todos los miembros de la colectividad a los que puede llegar la publicidad, o sea, en definitiva, se tutela un interés colectivo.

## H) Derecho positivo

Antes de la entrada en vigencia de la ley de relaciones de consumo, otras disposiciones ya aludían a la publicidad engañosa o abusiva. En este sentido, la ley 15.226 en su Art. 216 regulaba la publicidad engañosa cuando se producía una diferencia entre el contenido de la etiqueta y el producto; en la ley 16.713 se estableció que la publicidad de las AFAP debe ser veraz, que no conduzca a equívocos; en la ley 16.749 de mercado de valores, en el artículo 5º, también se aludió a la existencia de una información veraz, suficiente y oportuna. Similar situación se dio con la ley 17.174, Arts. 10 y 14, relativos a los fondos de inversión.

Entendemos que existe en la publicidad la necesidad de aplicar el principio general emergente de la buena fe. El deber de actuar de buena fe establecido como principio general en el art. 16 del C.C., reflejado en el Art. 1291 del mismo cuerpo normativo, establece con relación a la publicidad una conducta leal, cristalina, transparente. Como a través de la publicidad se ve reflejada la información, también están comprometidas las disposiciones que en el ámbito de la ley de relaciones de consumo exigen que la información sea clara, veraz, transparente y oportuna (Art. 6 de la ley 17.150), exigencias que se proyectan a la publicidad en cuanto instrumento de difusión de la información.

Además, el criterio de la abusividad regulado también como principio general, reflejado en el artículo 1321 del C.C., es aplicable a la publicidad y a la información con carácter general, sea ésta o no correspondiente a una relación de consumo.

Al tema de la publicidad refieren en forma concreta los arts. 24 a 27 de la ley 17.250, disponiendo:

**Artículo 24.** Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.

Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al con-

sumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

En la publicidad se deben respetar los principios de legalidad, veracidad y transparencia. Al apuntar a captar la confianza del consumidor, la información que se brinda por su intermedio debe ser clara, completa, veraz, pues de ello depende la tutela de la buena fe del que capta la publicidad.

El art. 24 prohíbe la publicidad denominada engañosa o abusiva, o sea, aquella que se aleja de la veracidad, siendo por tanto falsa o capaz de inducir a error respecto a la naturaleza, calidad, cantidad, precio, origen del producto o del servicio.

Se protege no sólo al consumidor sino al propio sistema económico y con su regulación también se evita la competencia desleal.

**Artículo 25.** La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación.

*Carga de la prueba (artículo 26).*

«La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante».

Anunciante es toda persona física o jurídica, pública o privada, que, en forma directa o por interpuesta persona, y en su propio interés, realice publicidad de productos o servicios.

Agencia de publicidad es toda persona física o jurídica que a solicitud del anunciante concibe, planea, diseña, produce, la publicidad contratada para su ulterior difusión por el medio.

Medio de comunicación son los canales o vehículos de información a través de los cuales la información llega a los destinatarios (Ej. TV, radio, diarios, etc.).

Respecto de la carga de la prueba el criterio debió haber sido que el que aduce la existencia del engaño tiene la carga de probarlo (art. 139 del C.G.P.), pero el art. 26, como veremos, parece haber invertido la carga de la prueba en el tema de la publicidad con carácter general.

Pensamos que esta inversión de la carga de la prueba correspondía sólo en el caso de la publicidad comparativa, y no para la publicidad engañosa.

El texto del art. 26, en el acierto o en el error, es claro, y donde no realiza limitaciones el legislador, no las puede hacer el intérprete, de



forma que, la inversión de la carga de la prueba rige para todo tipo de publicidad.

La norma comentada presume que el anunciante debe estar en condiciones de probar la veracidad de lo que afirma.

Comenzamos por recordar que en nuestro derecho, por principio, el que invoca un hecho tiene la carga de la prueba (art. 139 C.G.P.). En la norma comentada se establece la inversión de la carga de la prueba respecto al anunciante, que es, en definitiva, quien tiene la carga de probar la veracidad de lo que se dice.

En la Directiva la Comunidad Europea 84/450, ya se establecía que siempre que el anunciante hiciera una afirmación respecto a una calidad o cualidad del producto, tiene la carga de probar que su afirmación es correcta si se le exige. La inversión de la carga de la prueba tiende a beneficiar al consumidor, pues se parte de la base de que el anunciante tiene o puede tener los elementos como para probar la veracidad de lo que dice. Al consumidor, probar la mentira o la falsedad le resulta prácticamente imposible.

Esta inversión de la carga de la prueba responde tanto a consideraciones de orden práctico como político. El anunciante es el que tiene el mejor acceso a la documentación referente a las afirmaciones que realiza. Esto lleva a que el anunciante se asegure de que lo que dice sea cierto y veraz, y a que cuente con elementos probatorios. Lo que no se puede probar se considera como no veraz, y puede ser objeto de publicidad. Así, por ejemplo, si se dice que el «Omega III» es bueno para el corazón, debe probarse, y tiene la carga de hacerlo la empresa que hace la publicidad.

#### *Prueba de lo que se publica (artículo 27)*

a) Ley: «La reglamentación podrá establecer un plazo durante el cual el proveedor de productos y servicios debe mantener en su poder, para la información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que den sustento al mensaje publicitario».

b) Decreto Reglamentario: «Artículo 19. El proveedor de productos y servicios debe mantener en su poder, para la información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que den sustento al mensaje publicitario que emita, durante el plazo de noventa días, contados desde el último mensaje difundido».

#### **Comentarios**

Esta norma establece el plazo durante el cual la empresa anunciante debe guardar la información ante la eventualidad de que se le





exija probar la veracidad de la publicidad realizada. En todos estos casos no alcanza con probar que se actuó de buena fe, o con decir que no se tuvo intención de dañar, porque la norma exige la carga de probar lo que se dice, y para ello debe guardarse la documentación que acredite tales extremos, por un plazo de noventa días contados desde el último mensaje difundido.

Con la carga de tener que probar lo que se dice, opera un sistema de contralor de veracidad, pues los medios o quienes realicen la publicidad no difundirán noticias o información que no pueda ser probada. Si no se puede publicar sino aquello sobre lo que existan pruebas, la regla va a ser que lo que se puede difundir es sólo la verdad.

## I) ¿Publicidad abusiva?

### a) *Presentación del tema*

En el art. 3º de la Ley española 34/98, se dispuso que es ilícita o abusiva la publicidad que atente contra la dignidad de la persona, o vulnerar los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

Bajo el concepto de **publicidad abusiva** se identifica lo que en doctrina se denomina también publicidad ofensiva, discriminatoria, antisocial.

El Artículo 5 del Decreto legislativo 691 de la Ley peruana, dice al respecto: "ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales, o que parezcan apoyar, enaltecer o estimular tales actividades".

El artículo 37 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil dice que es abusiva entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo, la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio o experiencia del niño, no respete los valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud y seguridad.

Si bien en la ley 17.250 de relaciones de consumo, se omitió una referencia expresa a los términos "publicidad abusiva". En la misma se regulan situaciones que implican la existencia de esa abusividad, como es el caso puntual de la denominada publicidad engañosa, publicidad encubierta o subliminal.

La protección contra la publicidad engañosa o abusiva es un derecho básico del consumidor.

En este sentido, el art. 6º de la ley referida se establece, como un derecho básico del consumidor: "D) la protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos o servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley".

En este ámbito se tutela indirectamente los intereses económicos del consumidor. Se trata, como dijéramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2001, pág. 56), de protegerlo ante toda forma de agresión negocial con la que se pretenda obtener beneficios abusivos e injustificados.

En definitiva, en la tutela del deber de informar, prácticas y cláusulas abusivas, así como con la regulación de la denominada venta a domicilio (artículo 16), se trata de proteger al consumidor en la etapa de formación del contrato, eliminando los posibles efectos del desequilibrio económico existente entre los contratantes (POLO, *Protección de la contraparte débil de concesiones ilegales del contrato*, Madrid 1990 pág. 30).

Se tutela al consumidor de lo abusivo, sea esto pretendido por la publicidad, las prácticas o las cláusulas contractuales.

**Desde nuestro punto de vista**, hay práctica abusiva cada vez que sea actúa con engaño en forma directa o indirecta, o sea, cuando en forma encubierta o subliminal se pretenda imponer algún criterio sobre el consumidor, engañándolo o induciéndolo al error, pretendiendo que considere como mejor lo que no lo es.

Aquí lo abusivo puede ser directo, como es el caso del engaño, o bien indirecto, como es el caso de la denominada publicidad subliminal, que describe el carácter de ciertas percepciones sensoriales y otras actividades psíquicas de las que sujeto no llega a tener conciencia. No hay ni siquiera reconocibilidad del mensaje publicitario, y se afecta la transparencia publicitaria, como bien señala AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*ob. cit.*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 5).

Para determinar la existencia del abuso o del engaño, la autora antes citada recomienda tener en cuenta ciertas pautas generales que clasifica en las siguientes: a) atender a la capacidad intelectual de los consumidores a los que la publicidad está naturalmente destinada: hay consumidores ricos y pobres, instruidos e ignorantes, necesita-



dos de tutela y capaces de cuidarse a sí mismos; b) se debe hacer prevalecer la significación que a la expresión publicitaria otorgan los destinatarios y no quién la ideó; a tal efecto debe tenerse en cuenta el contexto social, económico y cultural en que se desarrolla la publicidad; c) debe hacerse regir el principio de indivisibilidad del anuncio, desde que no cabe su descomposición en las diversas partes integrantes analizadas separadamente; d) se debe presumir engañoso o abusivo un mensaje que puede tener varios significados.

**También se considera abusiva la publicidad con omisiones**, que silencie ciertos datos de bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induce a error a los destinatarios.

Si bien no es un requisito que la publicidad abusiva o engañosa cause un daño, alcanzando con que sea potencialmente engañosa, a los efectos de su identificación con la figura de la publicidad abusiva sí es necesario que, en esencia, esté relacionada causalmente con un daño, si estamos pensando en sus eventuales efectos resarcitorios.

Otra de las formas de publicidad abusiva la vemos también en la denominada **publicidad desleal**, violatoria de las reglas de la libre competencia.

Para identificar la publicidad abusiva, ciertos autores, como HERSE DE LA PRADA (*El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994, pág. 69 y ss.), consideran que la actividad publicitaria, a la hora de ser calificada como ilícita o abusiva, debemos contemplarla en función de los principios que se enuncian a continuación: a) ponderación del principio de la legalidad; b) principio de la veracidad; c) principio de la autenticidad; y d) el principio de la libre competencia. Cuando se transgredí alguno de estos principios, la publicidad puede ser ilícita o abusiva. La publicidad puede ser abusiva cuando transgrede los valores básicos del sistema jurídico, atentando contra la dignidad de la persona, o vulnera valores y derechos reconocidos en la Constitución. También puede ser abusiva o ilícita por violar los derechos personalísimos, en especial el derecho a la imagen.

Pensar que no es necesario regular la publicidad abusiva pues es un tema que estaría previsto dentro de lo establecido por el art. 1321 del C.C., cuando regula el ejercicio con exceso de los derechos, supone incurrir en varios errores:

- a) si ello fuere así, tampoco hubiera sido necesario regular las prácticas abusivas (art. 22), ni las cláusulas abusivas (art. 30);

- b) en el caso de la publicidad abusiva, estamos ante un abuso que puede tener relevancia de por sí con prescindencia de que se haya causado un daño, lo que es bien diferente a la hipótesis planteada por el art. 1321 del C.C.;
- c) además, el art. 1321 del C.C. fue pensado para casos de interrelación de derechos subjetivos entre particulares, mientras que aquí la publicidad abusiva está pensada para proteger a los consumidores en su interés colectivo.

Aquí no sólo hay abuso de derecho del que realiza la publicidad sino que se afectan otros derechos de la sociedad. Pensamos que el caso del art. 22 literal b) ubicado dentro de las prácticas abusivas, y que refiere a la publicidad denigrante del consumidor, es un caso típico de publicidad abusiva.

Consideramos que ha sido un error de la ley 17.250 no haber regulado la publicidad abusiva. Ella configura –como dijimos– un concepto sustancialmente diverso de lo que es la publicidad engañosa o la publicidad comparativa. La publicidad puede no ser engañosa y, no obstante, configurar en sí misma una transgresión a derechos esenciales de la persona; ser perjudicial para salud o la seguridad, en la medida que, por ejemplo, suponga una transgresión a la moral, o el uso de la pornografía, o la invitación a la violencia, o la utilización de la discriminación, o el trato irrespetuoso de la religión. Si, por ejemplo, en la publicidad aparece una mujer desnuda para promocionar un shampoo, ello por cierto no es una publicidad errónea ni comparativa, lisa y llanamente es una publicidad abusiva que debe ser sancionada.

Aquí están en juego, no solamente los intereses del consumidor individualmente considerados, sino los intereses de la comunidad, de la misma sociedad, los valores éticos, morales, etc. La libertad en la producción publicitaria no puede colidir con ciertos imperativos éticos, morales, educativos fundamentales, de orden superior.

#### *b) Clasificación*

Siguiendo como antecedente a la ley brasileña antes indicada, el art. 24 clasifica la publicidad engañosa como de acción y de omisión.

La inducción a engaño puede surgir de lo que se expresó y de lo que debió expresarse y no se hizo.

El engaño se puede producir por lo que se dice y por lo que se omite expresar. Para que la omisión configure publicidad engañosa, se requiere:

- a) que la información que no se da pueda haber sido determinante de la voluntad del consumidor;
- b) el no contar con la información adecuada llevó al error al consumidor.

La sola exageración de las bondades no induce a error, mientras no le haga aparecer al producto cualidades o virtudes o calidades que realmente no tiene.

*c) Requisitos*

Los requisitos para que exista publicidad engañosa son:

- a) una técnica con idoneidad para inducir a error y para causar posibles daños;
- b) un mensaje que no sea veraz, y por tanto ilícito;
- c) que exista relación causal entre una cosa y la otra.

El error que se causa en el consumidor, debe ser excusable, o sea, que no se puede evitar actuando con la diligencia media. Destacamos que lo que importa es la idoneidad o la posibilidad cierta de haber perjudicado con el error al consumidor (VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Milano, 1999, pág. 490). No se requiere, como dijimos, que se haya causado daño al consumidor.

La «idoneidad» se califica en atención a la clientela a que va dirigida la publicidad y a quien puede llegar a perjudicar. La credulidad de un niño no es la misma que la de un adulto.

*d) Sanciones*

Particular atención debemos prestar a la determinación de las sanciones previstas para el caso de que exista publicidad engañosa.

En primer lugar, recordamos que los avisos publicitarios obligan en lo que refiere al texto de su contenido; en consecuencia, es posible que luego se exija lo que de los mismos surge. Si se incumple se puede generar el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

También vimos que la publicidad integra el contrato (art. 14), constituyendo éste uno de los efectos típicos de la publicidad en sede de la Ley 17.250.

Cuando la publicidad integra el contrato se da el fenómeno curioso de que su texto, en la medida que sea engañoso, puede llegar a configurar cláusulas abusivas, siendo en consecuencia aplicable lo establecido en el art. 31 in fine de la ley comentada.

Pero seguramente la sanción más importante es la prevista en el art. 51 de la ley 17.250 que se denomina «contrapropaganda» o «propaganda correctiva». Dicha norma prevé que: «Cuando se compruebe la realización de publicidad engañosa o ilícita, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la presente ley, el órgano competente podrá solicitar judicialmente, en forma fundada, la suspensión de la publicidad de que se trate, así como también ordenar la realización de contra publicidad con la misma frecuencia que la publicidad infractora, cuyo gasto deberá pagar el infractor».

Se puede ordenar, ya la suspensión de la publicidad abusiva, ya la realización de la contra propaganda. Ello configura una tutela preventiva o inhibitoria, que tiende a evitar daños y proteger a la comunidad y a la persona del consumidor.

Es de destacar que sólo está legitimado activamente para plantear esta acción el «órgano administrador».

Para ello no se fija un proceso especial, pero, dada la emergencia, procedería, a nuestro entender, el recurso de amparo de la Ley 16.011, del que surge que debe presentarse la demanda, debe existir una audiencia al tercer día, y la sentencia se dictará 24 horas después.

Esta contrapropaganda va, obviamente de cargo del infractor, y se impone la utilización del mismo medio de divulgación, la misma frecuencia, la misma importancia de la publicidad y utilizando las mismas características - tamaño, letra, etc.

Muchas veces el daño que causa la publicidad engañosa o el que puede llegar a causa no se evita solamente exigiendo al anunciante que cese la publicidad, sino que es necesario ordenar la acción positiva en sentido inverso, revirtiendo lo dicho engañosamente.

## 12. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO Y LA COMPETENCIA DESLEAL

### A) Presentación del tema

Dentro del marco de lo que significa la libertad de empresa y la iniciativa económica, la libre competencia supone una pieza básica de la economía. Este tipo de competencia, como lo señala GARCÍA MENÉNDEZ (*Competencia desleal. Actos de desorganización de competidores*, Buenos Aires 2004, pág. 20) se funda en el esfuerzo de los operadores económicos por conseguir una ventaja, mediante la obtención de un mejor posicionamiento que permita atraer clientela y proveedores comunes.

La distorsión en la competencia por parte de los sujetos económicos intervinientes se ha debido a dos grandes circunstancias. Una, a la que ya refiriéramos, alude al hecho de que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se concentran poderes económicos para imponerse en el mercado de forma abusiva, eliminando la competencia mediante el **abuso de la posición dominante**.

Por otro lado, está un fenómeno distinto al anterior pero que abarca otro aspecto problemático de la competencia: **la degeneración en la lucha competencial con utilización de prácticas desleales**. No se trata, como señala el autor citado (*ob. cit.*, pág. 21) en este caso de pérdida de agresividad mediante acuerdos entre empresarios para restringir la competencia y dividirse el mercado sino "exceso" de agresividad empresarial a través del recurso a cualquier medio ilícito desleal para atraerse a los consumidores. Aquí no impera la fuerza económica sino el engaño para tratar de atraerse irregularmente el mercado.

Contra el primero de los fenómenos aludidos, aparece la regulación de la defensa de la libre competencia y, con relación al segundo de los fenómenos, se desarrolla la temática de la competencia leal. El abuso del derecho a la libre competencia presenta una conexión con el derecho de marcas, o con la regulación normativa de patentes.

Mientras que la competencia desleal establece los criterios de comportamiento dentro de los cuales se debe desenvolver la actividad competencia, el derecho de propiedad industrial protege una serie derechos subjetivos como el derecho de marcas, el derecho a las patentes, entre otros. Corresponde agregar que del control de la competencia leal dependen distintos intereses: a) de los empresarios competidores en el mercado que se ven afectados; b) de la situación del mercado en general; y c) de los consumidores.

ASCARELLI (*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, 1970, pág. 20) sostuvo que cuando el acceso al mercado es libre, la necesidad de concurrencia lícita es muy importante pues de lo contrario se afecta el libre mercado. La existencia de un mercado competitivo es básica para permitir el desarrollo de una economía liberal sin que ésta se convierta en un centro de explotación. La competencia sana, libre, asegura mayor eficiencia, calidad, y menores precios. Es necesario que las reglas de la competencia se respeten de buena fe, manteniéndose igualdad de trato, lo que es esencial en regímenes democráticos y Estados de derecho.

Cierto es que es difícil pensar en un mercado libremente competitivo en estado puro, pero no menos cierto es que la competencia leal



es un verdadero derecho-deber que hace al bienestar de las personas lo que, en definitiva, es el bien del sistema jurídico y del estado de derecho.

La regulación de la competencia desleal es parte del derecho a la competencia.

El derecho a la competencia establece reglas de cómo compiten las empresas en el mercado, tendiendo a que en éste se actúe con orden. Dentro de este ámbito se distingue: a) el derecho antimonopólico y de defensa de la competencia; y b) **el derecho a la competencia leal**.

El primero, como destaca CABANELLAS (“La buena fe en el derecho de la competencia desleal”, en *Tratado de la Buena Fe*, Buenos Aires, 2004, pág. 724), tutela la independencia de decisiones entre competidores y protege la libertad de acceso al mercado y la posibilidad de elegir entre distintos oferentes.

En el caso puntual del derecho a la competencia presentado como **competencia desleal**, se tutela que ciertas empresas no se apropien de los resultados del esfuerzo productivo de otras empresas, apoderándose irregularmente de la clientela, de sus conocimientos, de su experiencia, de sus marcas, de sus nombres comerciales etc.

BUGALLO (“Competencia desleal: noción evolutiva y algunos actos no previstos expresamente en el artículo 10 bis de la Convención de París”, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. XI, pág. 83), afirma que el derecho a la competencia en la actualidad está integrado por dos puntos: el derecho de la defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal. El primero previene de obstáculos artificialmente creados por el abuso de la posición dominante o la concentración de poder económico de las empresas; el segundo, se ocupa de conductas diferentes de las anteriores que suponen el abuso de la libertad de competir. Se ocupa concretamente de conductas infractoras de parámetros de lealtad y corrección entre empresarios a la hora de presentar sus productos al mercado con intención de captar la clientela.

## B) Orden jurídico

La primera norma que refiere a la competencia desleal es el artículo 36 de la Constitución de la República cuando establece que: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o a cualquier actividad lícita, salvo limitaciones de interés general que se establezcan por ley”. Aquí se consagra el prin-





cipio de la autonomía privada en la contratación y en el comercio y la libre competencia. Así, la competencia, en principio es lícita, pero como también marca esta norma, ello ocurre **dentro de ciertas limitaciones que pueden ser formales o sustanciales.**

Las **primeras** surgen en los casos en que existen monopolios cuando se otorgan concesiones únicas o cuando entre las partes se acuerdan cláusulas de exclusividad o de no concurrencia. En este ámbito, la competencia, a su vez, puede ser prohibida.

Desde otro punto de vista, se transgreden **limitaciones sustanciales** cuando hay un apartamiento de los fines o principios generales que involucran al orden público económico vigente en el mercado, siendo la competencia desleal.

En el marco normativo, se destaca que con la regulación en nuestro país de la ley 17.250 referente a las relaciones de consumo, surgen implícitas ciertas disposiciones que tienen con la competencia desleal. En este sentido, el Art. 6 literal B establece como un derecho básico del consumidor "la protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos o servicios, y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos previstos por la presente ley".

Por otra parte, en el artículo 22 se regulan las prácticas abusivas en las ofertas, las cuales implican en sí mismas la existencia de competencia desleal.

Con carácter general y en aplicación de principios generales, entendemos que es desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe e incluso que se aparten de lo que en nuestro país es derecho positivo desde el año 1966 impuesto por el Convenio de la Unión de París donde se hace referencia a la deslealtad en cuanto nos hallásemos ante actos de competencia contrarios a los procederes honestos en materia industrial y comercial. Corresponde tener en cuenta que el tema de la competencia desleal está regulado por normas internacionales a las que nuestro país ha adherido. Así, el Decreto Ley 14.910 (decreto 588/67) en el que se ratificó el Convenio de París para la protección industrial, con sucesivas revisiones.

El artículo 10 bis de esta Convención establece: 1) los países de la unión se obligan a asegurar a los habitantes de los países que la integran protección efectiva contra la competencia desleal; 2) constituye acto de competencia desleal cualquier acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial; 3) de-



berán prohibirse particularmente: a) todos los actos susceptibles de causar confusión con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; b) los falsos alegatos en el ejercicio de comercio susceptibles de desacreditar el establecimiento, los productores o la actividad industrial o comercial del competidor; c) las indicaciones o alegatos cuya utilización en el ejercicio del comercio sea susceptible de inducir al público a equivocación sobre la naturaleza, modos de fabricación, características, posibilidades de utilización o cantidad de mercaderías.

La ley 16.671 ratificó el ADPIC, o sea, el Acuerdo sobre Aspectos del Derecho de la Propiedad Intelectual vinculados al Comercio.

**Desde nuestro punto de vista**, la buena fe es un elemento interpretador sustancial para calificar la actuación empresarial en cuanto a la determinación de la lealtad o deslealtad de la competencia, pues sólo se producirá cuando la actividad concurrencial se haya desplegado mediante maniobras incorrectas.

En nuestro derecho se alude al tema de la competencia desleal puntualmente en algunas disposiciones, como las referentes a la regulación de la ley de marcas 17.011 del año 1998, en cuyo artículo 5º n. 7 se establece que no se puede registrar marcas que puedan hacer presumir el propósito de verificar una competencia desleal. El criterio más actual para considerar la deslealtad es su contrariedad a la buena fe y a las buenas costumbres.

La consideración de la buena fe supone un gran acierto para no dejar sin sanción actos desleales que van surgiendo novedosamente en el mercado o que se dan en forma aislada. Sin embargo –continúa el autor citado– parece muy útil también el recurso a los usos y costumbres mercantiles, ya que con ellos el intérprete puede calificar con más detalle la ilicitud o abusividad de la computada dentro de las reglas de juego dentro de una plaza determinada.

### C) Concepto de competencia desleal

Para GARCÍA MENÉNDEZ (ob. cit.), el acto de competencia desleal, es aquel acto realizado directa o indirectamente por un operador del mercado, objetivamente contrario a los correctos usos y costumbres mercantiles y a la buena fe, el cual afecta o puede afectar el normal desarrollo concurrencial de otros operadores.

EVA HOLZ (*Mercado y derecho*, Montevideo, 1997, pág. 293) sostiene que la competencia desleal en la actuación de una empresa respecto de otra, aplicando políticas de captación de clientela calificadas



de incorrectas en función de los medios utilizados dado que se apartan de lo que exige un actuar de buena fe y con lealtad en el mercado.

RIPPE ("Evolución del derecho de la competencia desleal en el derecho uruguayo" en la obra *El nuevo régimen del derecho en la competencia*, Montevideo, 2001, pág. 66) considera que la competencia desleal refiere a un contexto negocial y formal diverso y más amplio que el meramente marcario, estando regulado en términos generales por las normas de la responsabilidad extracontractual. Entendiendo que la competencia desleal es un hecho ilícito, si aparece relacionado causalmente con un daño indicaría el planteo de la acción resarcitoria como consecuencia.

A partir del año 1989 con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, el afectado por la deslealtad en la competencia no solamente puede recurrir al art. 1319 del C.C. para petitionar la sanción de actos de competencia desleal y su reparación sino que incluso puede reclamar, sea como medida cautelar, sea como objeto principal, **el cese de la conducta desleal**.

El cese tiene aptitud para constituirse en una de las posibilidades cautelares que, además, puede ser admitido bajo ese contexto cautelar mediante el dictado de medidas anticipadas o provisionales.

Por tanto, continúa el autor citado (*ob. cit.*, pág. 75), hoy disponemos de una base legal cierta para gestionar, en vía cautelar, la adopción de una medida de cese de una conducta desleal, sin perjuicio de que ello se demande como parte del objeto principal del proceso, sea como objeto alternativo, sea como objeto complementario en una reclamación de daños y perjuicios.

En definitiva, la represión de la competencia desleal lo que procura es sancionar el uso de medios, conductas e instrumentos que lesionan la buena fe y la lealtad comercial en las relaciones de escrito carácter competitivo entre agentes económicos rivales.

Ciertos autores, como JOSSE RAND (*ob. cit.*, pág. 234), en criterio que se comparte, entienden que la teoría de la concurrencia desleal en definitiva no es más que la aplicación de la teoría general del abuso del derecho, esto es, el abuso del derecho a la libre concurrencia.

El derecho a la libre concurrencia debe ser ejercido conforme al fin para el que fue consagrado y reconocido en el orden jurídico.

Si bien en una época esta teoría se criticó por entender que suponía la intencionalidad o el dolo, en la actualidad con el concepto de abuso de derecho desde el punto de vista estrictamente objetivo

concretado en la transgresión a lo que implican en el caso el deber de actuar de buena fe en forma objetiva, es posible ubicar entonces a esta figura dentro del ámbito del abuso de derecho.

AMÉZAGA (*Culpa aquiliana*, Montevideo, 1948 pág. 844), sostenía que hay concurrencia desleal cada vez que un comerciante, con culpa o mala fe, provoca o causa un perjuicio a otro comerciante teniendo, al provocar este perjuicio, un fin de lucro comercial, causando el perjuicio dentro del mecanismo de concurrencia a que están sometidas todas las organizaciones industriales y comerciales en las sociedades modernas.

RIPPE (*La concurrencia desleal*, Montevideo, 1980), critica esta definición sosteniendo que: a) no sólo un comerciante puede cometer un acto de concurrencia desleal sino también todos aquellos que se dedican al ejercicio de actividades que suponga clientela: provisionales; b) no es cierto que se trate de provocar un perjuicio a otro comerciante, a cualquier comerciante, sino que deben encontrarse en relación de concurrencia; c) los elementos del acto parecen ser: culpa o mala fe –un perjuicio– un fin de lucro comercial. Pero, ¿por qué un acto con tales elementos es un acto de concurrencia desleal? ¿Es suficiente decir que un acto cometido con culpa o mala fe que cause un perjuicio a otro constituye una situación de responsabilidad con obligación de reparar? Creemos, continúa el autor, que falta un elemento: el hecho ilícito, el elemento violación.

Para el autor citado (*ob. cit.*, pág. 110), una definición de competencia desleal debe contener todos los elementos particulares que encuadren en el Art. 1319 del C.C. Por tanto se exige: a) elemento acto de concurrencia. Si dicho elemento falta, puede subsistir la responsabilidad civil pero no será un caso de concurrencia desleal; b) debe ser un acto que pueda objetivamente calificarse de acto ilícito. Si el acto es lícito, no habrá competencia desleal; c) el acto deberá ser cometido con dolo, culpa o imprudencia. Si falta el elemento subjetivo no puede haber responsabilidad; d) un perjuicio: elemento indispensable para obtener una reparación; e) un fin de concurrencia, un acto cometido con el fin de competir, de atraer y/o desviar la clientela; f) debe ser un acto de concurrencia ilícita, cometido con culpa, dolo o imprudencia, con un fin de concurrencia, que cause un perjuicio.

BUGALLO (*ob. cit.*, pág. 84) sostiene que para definir la competencia desleal es necesario partir de cuál es, en el momento, la realidad en el comercio y la situación económica y social. Lo que se considera o no desleal ha variado en las épocas y lugares. El concepto tuvo un



proceso que se desarrolló entre quienes pensaban que su vigencia podía llegar a afectar la libertad económica y quienes consideraron que la lealtad en la competencia era un valor digno de respeto, máxime en atención a las funciones que cumple, especialmente en el desarrollo del mercado, en la protección al consumidor y en el desarrollo mismo de la sociedad. Siguiendo a ASCARELLI (*Teoría de la competencia y bienes inmateriales*, Barcelona, 1970. pág. 185) presenta como un verdadero **derecho subjetivo del empresario el de la lealtad en la competencia.**

#### **D) Pautas para la determinación de la competencia desleal**

El tema en cuestión es particularmente importante pues, como bien lo señala BARONA PILAR (*Competencia desleal*, Valencia 1999, pág. 24) en él está en juego una verdadera trilogía de intereses pues, por un lado está el interés privado del empresario, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.

Desde este punto de vista, que consideramos conveniente, la temática de la competencia desleal no debe buscarse sólo con relación a la protección del interés privado de los empresarios pues, en definitiva, también está en juego el interés de los consumidores y el del propio Estado.

A los efectos de nuestro análisis, llegada la hora de determinar pautas que identifiquen un ejercicio abusivo del derecho la competencia en el mercado, debemos establecer criterios que nos ayuden a individualizar esta falta de lealtad o abuso en el proceder con los competidores que, como vimos, afecta tanto a los consumidores, a los competidores como al interés general.

GARCÍA MENÉNDEZ (*ob. cit.*, pág. 60) se pregunta cuál debe ser el criterio o la regla para juzgar un acto de competencia como desleal o contrario a dichos valores. Partiendo de la base de que el criterio de deslealtad será siempre un juicio de carácter relativo, habrá que intentar buscar aquel que se pueda adaptar a las cambiantes y diversas situaciones de hecho que pueda generar la lucha competencial, que puedan aportar a la materia el mayor grado de seguridad jurídica posible, obligando al intérprete a moverse dentro de los parámetros que la sociedad en cuestión elija para juzgar la abusividad o lo ilícito.

Como ya se viera, el Convenio de la Unión de París se remite a la existencia de "usos deshonestos en materia industrial y comercial".

Lo cierto es que los usos y costumbres van cambiando a medida que se presentan nuevas situaciones y por ello permiten al juzga-



dor atenerse a lineamientos más concretos a la hora de considerar la conducta.

### E) Formas de competencia desleal

CALVO COSTA (*Daño resarcible*, Buenos Aires, 2005, pág. 362) enuncia las formas de abuso en los actos de competencia desleal más frecuentes, ordenándolos en los siguientes:

- a) **Competencia desleal para confundir al consumidor.** Por el uso de maniobras engañosas o prácticas abusivas se busca engañar al consumidor por diferentes caminos:
- b) Por imitación de marcas. Es competencia desleal y abuso del derecho de competir el uso de una marca o nombre comercial confundible con otros para aprovecharse indebidamente de la clientela de otros. Se confunde con palabras, gráficas, signos similares. Ej. Naike y Nike.
- c) Por denigrar o criticar injustamente al producto competidor.
- d) Uso de publicidad comparativa para afectar el producto competitivo;
- e) Actos de turbación y exclusión de empresas de terceros;
- f) publicidad engañosa;
- g) utilizar ilícitamente datos falsos de procedencia o denominación de origen de un determinado producto;
- h) Entrega gratuita de premios o engaños de similares características;

Actuar con lealtad en el mercado es actuar de buena fe, o sea, con la verdad, en forma objetiva y transparente, evitando confusiones engaños, que induzcan en error respecto de la cantidad, calidad, procedencia, caracteres del producto, caducidad, etc.

Se entiende desleal toda estrategia que ponga en peligro en forma significativa la libertad de decisión del consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado o que de cualquier otra manera resulte contrario a las exigencias de la buena fe.

### F) Jurisprudencia

1. *La empresa demandada por medio de la captación de personal altamente calificado de la empresa rival, no sólo provocó su natural y temporal desorganización sino que, además, obtuvo facilidad de acceso a la clientela de aquella, así como a las formulaciones y métodos de elaboración de sus productos, lo que permitió, con notorio ahorro de insumos y de tiempo, lanzar prontamente al mercado una línea de productos totalmente similar.*



Por otra parte, quienes ingresaron a la empresa competidora, desaconsejaron producir a la empresa actora cuando todavía integraban su plantel. A todo lo cual, todavía, puede agregarse una propaganda ostensiblemente destinada a ocultar al mercado consumidor el carácter de pionera en investigar y elaborar los productos en competencia de la parte actora y atribuirse esa calidad. El párrafo 2 del art. 10 bis del llamado Convenio de París aplicable al caso, define a la competencia desleal como todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial. En el caso se constituyó una conducta ilícita en función de lo dispuesto por el ya citado Convenio de París, y lo previsto en los arts. 1319 y 1321 del C.C. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 69 de 21 de marzo de 1994, A.J.U., t. V, nº 29.**

~

2. La norma madre de la competencia desleal es el art. 1321 del C.C. en el entendido de que un acto ilícito desleal es aquel que sobrepasa el contenido de un derecho, pudiéndose concebir como la violación resultante de un contrato o del principio de la buena fe de origen legal. El demandado obró con deslealtad hacia la empresa actora porque, sabedor del interés que tenía la empresa a la que él pertenecía, respecto de un terreno, él lo compró para intentar revenderlo y esto revela deslealtad y abuso de la información que tenía sobre las intenciones de la empresa sobre el proyecto que la misma quería llevar a cabo en el final.

Tal conducta configura, en puridad, un acto de concurrencia al colocarse su autor en una situación que podría potencialmente ubicarlo o dejarlo en condiciones de desarrollar una actividad igual o similar a la de la empresa, utilizando a su favor la información relevante que conocía por su cargo e intervención en el Proyecto de Vivienda 2000 desde 1997. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 182 de 26.8.2004, A.J.U., t. XVII, nº 12.**

~

3. Para que existe competencia desleal debe existir la concurrencia de varios sujetos operando contemporáneamente, ofreciendo productos o servicios homogéneos o sucedáneos, en el mismo mercado, con el fin de atraer o adquirir para sí clientela.

El abuso de derecho (art. 1321 del C.C.) es el ejercicio del derecho con una finalidad distinta de aquella en que se funda su legitimidad. Y tal como lo expresa Kemelmajer, el abuso no se presume y la conducta abusiva debe aparecer inequívoca, en el sentido de que no quepa duda alguna de que se pretende ejercer el derecho en forma irregular, con intención de perjudicar, eligiendo la vía más dañosa o actuando de manera no razonable y repug-

nante a la libertad y confianza recíproca ("Principios y tendencias en torno al abuso de derecho" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, pág. 218).

La competencia desleal se caracteriza por realizar frente a los competidores actividades de denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secreto, discriminación, etc. a los competidores (confusión, engaño) o al mercado (explotación de situación de dependencia, ventas a pérdida, etc.), a partir de conductas contrarias a los usos honestos que provocan perjuicios indebidos (Merlinsky Carrión, *Anuario de Derecho Comercial*, t. X, pág. 412).

Para Messineo (*Anuario de Derecho Civil y Comercial*, t. III, pág. 573), hay competencia desleal cuando se valga de medios que, por su calidad y eficacia, vayan más allá de su fin de batir a las empresas en competición con las armas de la superioridad técnica, con el más bajo costo de producción, y lesionen el derecho del competidor afectándolo en tal competencia.

Los actos configurantes de competencia desleal son ilícitos y se configura la competencia desleal cuando existe un abuso en el ejercicio de la libre competencia, exceso calificado por la ilicitud de los medios utilizados. **Suprema Corte de Justicia, Sent. 161 de 25.VII.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 6.**

~

4. La decisora debe resolver si el supuesto de autos configura competencia desleal sea con fundamento en la violación de la obligación de actuar de buena fe en la etapa post-contractual, o con base en el abuso de derecho (artículos 1319 y 1321 del C.C. respectivamente).

La doctrina comercialista indica la noción y el derecho aplicable a la competencia desleal. La noción de concurrencia o competencia desleal se integra, según la doctrina uruguaya, por tres elementos: a) un acto de concurrencia entre competidores; b) una conducta incorrecta de quien realiza un acto contrario a las reglas de la lealtad comercial, entre los que se ubican los medios de confusión, de denigración y de desintegración interna de un competidor o de una empresa rival; c) un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor por atracción o desviación de sus clientes.

Por el Decreto Ley 14.910 se define la competencia desleal como aquella contraria a los usos honrados en materia industrial y comercial, a la vez que considera específicamente tal: cualquier acto capaz de crear una confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad de un competidor, las aseveraciones falsas capaces de desacreditar esos mismos productos y actividades; y las aseveraciones o indicaciones que pudieren inducir en error al público sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la



aptitud en el empleo o la cantidad de producto (art. 10 bis) (Eduardo Mezera, A.D.C.U., t. XIII, pág. 168).

La buena fe como estándar jurídico óptimo ha reemplazado otras fórmulas que no eran lo suficientemente completas, como podría ser aludir a "corrección profesional" o "usos honestos en materia comercial". En el caso concreto se denunció competencia desleal perjudicial. Se demanda el hecho de que se habría ejercido el derecho de receso de un contrato social que los vinculara con la actora y luego instalaron un instituto igual captando o desviando clientela en forma ilícita y contrario a los usos honestos. Se sostuvo que el derecho de quien resulta desvinculado de una empresa ejerza la misma actividad sin que exista norma contractual que lo inhabilite, no es por sí configuratorio no es competencia desleal. Por el contrario, se trata del legítimo derecho a ejercer el comercio consagrado en el art. 36 de la Constitución. Sólo deviene desleal o ilícito cuando se ejerce con abuso de derecho (Art. 1321). El abuso de derecho consagrado en esta norma compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio moral o patrimonial que cause a otro. La doctrina del abuso de derecho se ha abierto paso dado que no puede permitirse que los derechos se ejerzan más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser ejercidos de mala fe porque, como dice Josserand, tienen una misión que cumplir contra la cual no pueden revelarse. Es ilegítimo ejercerlos en contra del espíritu que inspiró la ley. La configuración del abuso opera no sólo cuando existe intención de dañar sino también en supuestos de culpa, que adquiere especial relevancia en el contrato de trabajo, así como en la competencia desleal. Tiene su fundamento en la ausencia de móvil legítimo. **Juzgado Letrado en lo Civil de 12º Turno, sentencia 78 de 17.X.2001, L.J.U., t. 125 caso 14.413.**

~

5. Sabido es que modernamente la represión de la competencia desleal lo que procura es sancionar el uso de medios, conductas e instrumentos que lesionan la buena fe y la lealtad comercial en las relaciones de estricto carácter competitivo entre agentes económicos rivales.

La Sala tiene jurisprudencia en el sentido de que puede tomarse como régimen legal aplicable en estos casos el artículo 1319 o el 1321 del C.C. de abuso de derecho, desde que no existen normas específicas salvo las internacionales ratificadas por el decreto ley 14.910 y la ley 16.671. Se imputa por la actora a la sancionada que mediante publicidad parasitaria pretende adherirse a la buena fama, reputación y prestigio de su programa de fidelización impuesto en el mercado, el programa "Puntos", tratando de asociar al mismo su posterior programa también de fidelización. En el caso se entendió que el hecho de que se publicite la atribución de "puntos" no implica que se

*cree confusión con productos que se venden o con la actividad del competidor; en nuestro medio, todos y cualquier comerciante puede ofrecer regalos, otorgando puntos para determinados importes de compra. Por tanto, en definitiva, no se condenó a la empresa demanda. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 307/03 de 12.X. 2003, L.J.U., t. 131 caso 14.957*

### **13. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE MAYORÍAS Y MINORÍAS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES**

#### **A) Presentación del tema**

El abuso de derecho tiene especial vigencia en el derecho societario concretándonos en esta ocasión a los abusos en que se puede incurrir en el ejercicio del derecho de voto, tanto cuando ello ocurre en relación a mayorías o minorías integrantes de una determinada sociedad comercial.

Del voto pueden abusar tanto las mayorías como las minorías.

#### **B) Interés social**

En el ámbito societario operan distintos intereses que deben realizarse sin entrar en colisión. Está el interés de los socios; el interés de la sociedad; el interés de las mayorías, el interés de las minorías; el interés de terceros y el interés general. Los terceros que se vinculan con la sociedad son mercedores de tutela y las normas los protegen con diferentes disposiciones, como es el caso de los artículos 1296 del C.C. o 296 del C.Co. al regular la acción pauliana.

Lo que realiza la sociedad puede llegar a trascender su ámbito, afectando e involucrando el interés general pues en ocasiones incide en la economía global, desde un punto de vista patrimonial y social y por tanto, en ocasiones, la norma regula aspectos puntuales para proteger este interés general.

**Importa destacar sí el interés social**, que es distinto al interés de los socios individualmente considerados y se entiende como el interés de todos los accionistas.

Señala MERCEDES JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ("El derecho del accionista al dividendo y el derecho de la sociedad a efectuar utilidades", *Anuario de Derecho Comercial*, t. XI, pág. 63) el interés social ha sido definido como el derecho común a todos los accionistas, inherente al objeto social. La conducta de los socios debe estar regida por los principios de buena fe y de lealtad, ya que el interés social debe pre-

valecer sobre el interés individual o sobre el interés grupal, ya sea de la mayoría o de la minoría.

En doctrina, continúa la autora, se habla de tres momentos del interés social. En primer lugar, **el interés preliminar**, o sea cuando los socios se obligan a realizar aportes para la producción e intercambio de bienes y servicios (artículo 1 de la ley 16.060). Luego está el interés intermedio, con el que se busca que esta actividad genere beneficios, procurando la maximización de la rentabilidad. Por último, el **interés final**, que alude a la posibilidad de que los socios participen de los resultados de la explotación: de que las utilidades sean repartidas: es el interés de maximizar el dividendo.

**El interés social** debe medirse de acuerdo a la consecución del objeto de la sociedad. Es decir, no solamente porque la decisión sea conveniente para la sociedad es necesaria para la consecución del objeto social. Es por ello que se requiere un criterio de prudencia media: ni excesiva ni demasiado poca. La prudencia que debe tener un hombre de negocios en la terminología de la ley de 16.060. Puede pasar –continúa la autora citada– que la mayoría en la asamblea desea reiteradamente aumentar reservas voluntarias sin repartir utilidades. Por más que ello sea conveniente para la sociedad, desde un punto de vista estrictamente financiero, ello puede no estar de acuerdo o ser exagerado para la consecución del objeto social, o puede en definitiva devenir en una renuncia de hecho al derecho al dividendo en la medida en que la sociedad capitaliza reservas y no distribuye dividendos.

En las sociedades se debe priorizar el interés social sobre el particular de cada uno de los accionistas o socios. Existe un interés propio de la sociedad superior al interés de los propios socios que integran la empresa en cuestión.

Este interés prioriza a la empresa y su eficiencia productiva de forma de obtener los mejores beneficios y dividendos para la sociedad como un todo.

Las mayorías no pueden abusar de su posición preeminente para realizar sus propios intereses extrasociales. Las minorías tampoco pueden utilizar el voto simplemente para causar daño a la sociedad o para adoptar medidas extorsivas que puedan redundar en su beneficio.

Para HALPERIN (“Criterios generales de la reforma de las sociedades comerciales en la ley 19.550”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1972, pág. 61) define el interés social



como el interés objetivo común a los socios conforme a la finalidad social, en atención a un momento histórico y a unas circunstancias dadas.

### C) Derecho de voto

Es presentado como un derecho social desde el momento que con el voto no se busca un interés personal directo sino el interés de la sociedad. Es un derecho y no una obligación, pero si se ejerce el derecho se tiene la obligación de respetar el interés general de la sociedad.

Se está ante un derecho subjetivo del accionista y, en cuanto tal, debe ejercerse de buena fe y si ello no ocurre, es pasible de abusos.

La norma establece cómo se debe votar y el deber de evitar abusos, debiéndose priorizar el interés de la sociedad.

En el ejercicio del derecho de voto debe ponderarse el interés social. Si bien no se debe limitar la libertad de votar, cuando se hace se debe controlar que en lo opinable se esté actuando conforme a un criterio propio y en interés de la sociedad. En el ejercicio del derecho de voto debe ponderarse el interés social. Si bien no se debe limitar la libertad de votar, cuando se hace se debe controlar que en lo opinable se esté actuando conforme a un criterio propio y en interés de la sociedad.

Como lo destaca ALBANELL ("Protección de las minorías en las sociedades anónimas", *L.J.U.*, t. 21 pág. 75), llegada la hora de votar existen dos tipos de límites: los objetivos, que surgen de lo previsto por la norma y los estatutos respecto de todo accionista y, por otro lado, los límites subjetivos que refieren a la intencionalidad del voto en la medida en que el mismo se pueda apartar del interés social. El derecho abusivo de voto se evidencia cuando se priorizan intereses particulares o de terceros por sobre el interés social.

Como lo destaca ALBANELL ("Protección de las minorías en las sociedades anónimas", *L.J.U.*, t. XXI, pág. 75), llegada la hora de votar existen dos tipos de límites: los objetivos, que surgen de lo previsto por la norma y los estatutos respecto de todo accionista y, por otro lado, los límites subjetivos que refieren a la intencionalidad del voto en la medida en que el mismo se pueda apartar del interés social. El derecho abusivo de voto se evidencia cuando se priorizan intereses particulares o de terceros por sobre el interés social.

En la ley 16.060 de sociedades comerciales se regula, en el art. 322, el derecho de voto de las acciones ordinarias, estableciéndose:



“cada acción ordinaria dará derecho a un voto. El contrato social podrá exigir un número mínimo de estas acciones que no podrá ser superior a 10 para otorgar el derecho a voto en las asambleas. Los accionistas podrán agrupar sus acciones para alcanzar el mínimo previsto, nombrando un representante común”.

Por su parte, en el art. 324, bajo el título “Abuso del derecho de voto”, se establece que: “Los accionistas responderán por los daños y perjuicios causados por el ejercicio abusivo del derecho a voto”.

En el art. 325, bajo el título “Conflicto de interés”, se establece: “Los accionistas o sus representantes que en una operación determinada tengan por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberán abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella.

Si contravienen estas disposición, serán responsables de los daños y perjuicios cuando, sin su voto, no se hubiere logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

#### **D) Ejercicio abusivo del derecho de voto**

El art. 324 de la ley 16.060 refiere directamente al tema cuando señala que: “los responderán por los daños y perjuicios causados por el ejercicio abusivo del derecho de voto”. La abusividad en el ejercicio de este derecho se constata cuando al votar no se tiene en cuenta el interés social y se busca en cambio el interés propio o de terceros, lo que supone no proceder con la lealtad o la buena fe debidas. El ejercicio del derecho de voto como accionista, al igual que sucede con todos los derechos subjetivo, está sometido a ciertas limitaciones. No se pueden votar resoluciones contrarias a la ley o a los estatutos, y tampoco se pueden adoptar decisiones en función de intereses propios o de terceros sino que, en todo caso se debe orientar el voto en función del interés social, siendo esta característica la que identifica que el ejercicio del derecho fue o no abusivo en la medida en que se haya respetado o no este fin. En este sentido es que el accionista responde según el artículo 372 de la Ley de Sociedades Comerciales, en el caso de que una resolución quede sin efecto por apartarse de la ley o del interés social.

En este caso la ley establece que: “los accionistas que hayan votado favorablemente las resoluciones que se dejen sin efecto, responderán solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al administrador, a los directores, al síndico o a los integrantes de la comisión”. La consecuencia

del ejercicio abusivo del derecho de voto legitima la aplicación de la acción de impugnación de las resoluciones asamblearias. Así, el artículo 365 de la Ley de Sociedades Comerciales, establece: "cualquier resolución de la asamblea que se adopte contra ley, el contrato social o los reglamentos, o que fuera lesiva del interés social, de los accionistas como tales, podrá ser impugnada según las normas de esta subsección, sin perjuicio de la acción ordinaria de nulidad que corresponda por violación a la ley".

Además, puede llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial personal de los administradores o de los que participaron en la decisión. En este sentido tener presente lo preceptuado por los artículos 324 y 391 de la Ley de Sociedades Comerciales ya citados.

## E) Abuso de las mayorías

### a) *Presentación del tema*

Antes de la entrada en vigencia de la ley 16.060, en un excelente trabajo de ALBANELL MAC COLL (Protección de las minorías en las sociedades anónimas, *L.J.U.*, t. XXI, pág. 75), se había mostrado partidario de la posibilidad de que fuera ejercido con abuso el derecho de voto de los accionistas. Si bien por un lado no se debe coaccionar la libertad de votar, se debe reprimir el abuso con que este derecho o libertad se pueda ejercer.

Destacaba el autor que "la doctrina ha señalado la existencia de límites objetivos y subjetivos a la potestad de las asambleas de las sociedades anónimas de adoptar por mayoría las decisiones. Serían límites objetivos aquellos impuestos por la licitud de la decisión, con tal abstracción de las circunstancias o intención de quienes han adoptado la decisión. Este límite objetivo estaría impuesto por las bases de la sociedad anónima y los derechos esenciales de la calidad de accionista. A su vez, existirían para el autor límites subjetivos que se apreciarían determinando la intención que ha animado a la mayoría a imponer determinada intención. Según que esta intención sea o no legítima, la decisión asamblearia será o no lícita. La ilicitud de la decisión de la asamblea no se relaciona con su contenido, como en la concepción objetiva, sino con su causa, se relaciona con su fin".

Dentro de los límites subjetivos, concluye el autor, la doctrina ha recurrido a diferentes fundamentos para determinarlos, donde aparece, precisamente, el abuso de derecho, o la desviación o exceso del poder, y la misma equidad.

ISRAEL CREIMER ("El abuso del derecho al voto en la legislación societaria uruguaya" en *Estudios Jurídicos en homenaje a Mezzera Álvarez*, Montevideo, 1989, pág. 114), considera que si el interés societario está en juego, debe predominar sobre el individual del accionista, siempre que no se intente desconocer un derecho de éste protegido por la ley, con carácter esencial. No puede la mayoría, bajo el pretexto de invocar los intereses generales de la empresa, aún cuando no altere derechos inderogables del accionista, adoptar resoluciones arbitrarias o inicuas por interés de algún socio, pues se incurriría en abuso de derecho.

La sanción en caso de abuso de derecho por parte de las mayorías, generalmente deriva en la nulidad de la decisión por existir un vicio en la formación de la voluntad social.

NURI RODRÍGUEZ OLIVERA (*Mayorías y minorías en la ley de sociedades comerciales*, Montevideo, 1989, pág. 25) sostiene que el voto ha sido tradicionalmente considerado, y así lo establece la ley, como un derecho del accionista. Pero este derecho, como todos los derechos, está sujeto a limitaciones y condiciones. Y agrega, entre otras cosas, que el accionista no puede abusar de su derecho para obtener ventajas personales para sí o para terceros, esto es, para satisfacer intereses extrasociales.

RIPPE (*Análisis exegetico de la ley 16.060 de sociedades comerciales*, t. II, pág. 76 y 77), sostiene que el art. 324 de la ley de sociedades comerciales limita la responsabilidad en el ejercicio del voto a los casos en que se ejerce en forma abusiva.

ISRAEL KREIMER (*ob. cit.*, pág. 120), entiende que en las disposiciones citadas no se ha consagrado otra cosa que el principio general de derecho contenido en el art. 1321 del C.C. Por tanto, la conclusión a la que arriba es que, si se abusa del derecho a l voto no se genera la nulidad de la decisión sino la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se pudieran causar.

Entiende el autor que el voto es abusivo si no se respeta el interés social. El significado del mismo puede no ser inmutable y, en definitiva, quedará a criterio del juez. Podría ser una violación al principio de ejecución de los contratos de buena fe o existir, en el caso, falta de causa.

El contenido del art. 324 es un verdadero principio general del derecho que no puede quedar constreñido, para el autor, al voto o decisión dentro del límite de las sociedades anónimas. Un socio, en cualquier tipo societario, puede abusar de su derecho de socio y, en



tal caso, su conducta es ilegítima, sancionable de acuerdo al ordenamiento jurídico.

El autor cita también el art. 74 de la ley de sociedades comerciales, conforme al cual "el daño ocasionado a la sociedad por dolo o culpa de un socio, obligará a su autor a indemnizarlo, sin que pueda alegar compensación por el lucro que su actuación haya proporcionado por otros negocios. El socio que aplique los fondos o bienes de la sociedad a usos o negocios por cuenta propia o de terceros, estará obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas o daños de su cuenta exclusiva".

Se responde por los daños y perjuicios no solamente cuando se ejerce el derecho a voto sino en caso de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad (art. 325), debiéndose en estos casos resarcir los daños causados.

El autor concluye que "la visión de la realidad comercial nos muestra, con demasiada frecuencia, el uso de poderes abusivos por parte de socios o accionistas, ya sea para arrollar derechos de minorías, ya para actuar como minorías extorsivas".

Con carácter general, las sociedades anónimas se gobiernan por el principio de las mayorías. Estas, en un principio, eran incuestionables y se consideraban soberanas. Se entiende que la voluntad de la mayoría es la que mejor responde al interés general y que si se exigieran votos por unanimidad se estaría dando a las minorías un verdadero poder de veto.

La mayoría de la asamblea expresa la voluntad de la sociedad. Pero estas mayorías tienen límites pues estos derechos deben ejercerse sin intención de dañar a la minoría, respetando el interés social, actuando de buena fe y con corrección.

*b) Abuso de derecho por parte de las mayorías en la retención de dividendos*

En el ámbito societario es fundamental la protección de los derechos de las minorías y en particular el derecho de cobro de los dividendos, siendo éste uno de los derechos fundamentales y razón de ser (la causa) de la creación o participación en sociedades comerciales.

Dividendo es el beneficio que queda luego de amortizadas las deudas que se distribuye periódicamente según el porcentaje de participación social. Se trata de un derecho que se tiene como accionista.





En el concepto mismo de lo que es la sociedad está el fin básico de distribución de dividendos (art. 387 del C.Co. y Art. 1 de la L.S.C.), siendo nulas las cláusulas que establezcan que puede haber un socio sin participación en las ganancias (art. 390 del C.Co. y Art. 25 inc. 2º de la L.S.C.).

Frente al derecho al dividendo está el derecho de la empresa a encarar políticas de inversión y crecimiento en basa a la aplicación de utilidades, limitando los dividendos. ¿Puede la Asamblea General disponer la suspensión en la distribución de dividendos?

En nuestro derecho, sólo en las sociedades cooperativas está la obligación de distribuir utilidades (Ley 14.827, art. 20), que la establece en un mínimo del 60%.

ALBANEI. MAC COLL ("Protección de las minorías en las sociedades", *L.J.U.*, t. XXI, pág. 45 y 46) sostuvo que en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales, en este tema no se debe incurrir en abusos, siendo de aplicación en el caso el art. 1321 del C.C.

En ocasiones, como destaca JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (ob. cit., pág. 57) en este tipo de decisiones la búsqueda del interés social no es tan clara y se dan situaciones de abuso de derecho cuando una mayoría (a veces circunstancial), busca exclusivamente cercenar los derechos de las minorías, buscando un provecho injusto que podría significar, en definitiva, una situación abusiva.

Para que se puedan distribuir dividendos es necesario realizar un balance regularmente confeccionado y aprobado por la mayoría del órgano competente. Las ganancias no pueden distribuirse mientras no se cubran pérdidas de ejercicios anteriores. Frente a ello la norma establece un régimen tuitivo de reservas legales, imponiendo la retención del 5% de las utilidades netas anuales hasta cumplir el 20 % del capital social (artículo 93 de la L.S.C.).

No alcanza con invocar el interés social para con ello justificar el derecho de decisión sobre la no distribución de dividendos. Se debe analizar cómo se compatibiliza el interés social y el de los socios minoritarios. Para que la retención de dividendos no sea abusiva debe estar claramente justificada en parámetros de razonabilidad atendiendo a las circunstancias en que se encuentra la sociedad y los proyectos claros de inversión justificados por razones claras de su propia gestión.

Una decisión seria respecto a la no distribución de dividendos exige la presentación de un estudio financiero contable que acredite la necesidad, la posibilidad financiera, la oportunidad, la conveniencia de futuras inversiones, presentándose incluso proyectos concre-



tos que quedarían aprobados implícitamente en forma concomitante con la decisión de no distribuir dividendos en función de tal o cual proyecto de inversión.

Por el contrario, la vaguedad, la inseguridad, la imprecisión, la falta de concreción de proyectos futuros o de fundamentos serios y claros para la suspensión de entrega de dividendos, evidencian indicios de estar actuando al margen del interés social y del orden jurídico vigente y posiblemente configurando una situación de ejercicio abusivo del derecho al voto.

El proceder abusivo de la asamblea general en el ejercicio del voto puede determinar la acción de impugnación de la resolución de la asamblea por haberse procedido abusivamente en la limitación de la distribución de utilidades.

Con relación a las responsabilidades de los accionistas mayoritarios, si se constata el abuso, entendemos que se puede aplicar contra ellos el régimen de la responsabilidad civil (artículo 1319 y ss. del C.C.).

#### **F) Abuso de las minorías**

Las minorías pueden abusar del derecho de voto pues se les confiere, en tanto minorías, un derecho que en ocasiones puede ser ejercido en forma abusiva, y perjudicar a la sociedad, por ejemplo, con fines extorsivos o con el solo ánimo de causar un perjuicio. Así, por ejemplo, las minorías tienen derecho de impugnar las decisiones de la asamblea (art. 368 de la ley 16.060), incluso con la posibilidad de suspender preventivamente, como medida cautelar, la decisión.

Si este derecho no se ejerce correctamente, con seriedad, y se impugnan injustificadamente decisiones de las asambleas, se pueden causar daños por el ejercicio abusivo del mismo.

El art. 365 de la ley 16.060 prevé que “cualquier resolución de la asamblea que se adopte contra la ley, el contrato social o los reglamentos, o fuera lesiva del interés social o de los derechos de los accionistas como tales, podrá ser impugnada según las normas de esta subsección, sin perjuicio de la acción ordinaria de nulidad que corresponda por violación de la ley”.

Lo mismo sucede cuando se requieren mayorías especiales, por ejemplo, para la reforma estatutaria. Las minorías pueden llegar a obstaculizar reformas que son esenciales para la sociedad con fines extorsivos.

En el art. 319 del mismo cuerpo normativo se enuncian los derechos fundamentales de los accionistas, los que, según los casos y aún siendo minoritarios, pueden ser ejercidos en forma abusiva. Así,



por ejemplo, el derecho a fiscalizar la gestión de los negocios sociales para obtener información y derivarla a terceros.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ("Un tema controvertido: el abuso de derecho de las minorías en las sociedades comerciales", en *Anuario de Derecho Comercial*, t. VIII), afirma que en ocasiones los mismos mecanismos de protección utilizados para las minorías, de forma de impedir la actividad anormal de la sociedad, se ejercen con fines extorsivos, impidiendo, en definitiva, la consecución del interés social, guiados por fines ajenos al interés social, fines egoístas y antisociales.

La autora citada enuncia como actos de carácter abusivo: a) un acto contrario al interés social; b) un acto que aunque sea indiferente o incluso favorable al interés social, tenga por intención o efecto principal el beneficio ilegítimo de la mayoría o el perjuicio ilegítimo de las minorías. La ilegitimidad no es lo que surge del juego del principio mayoritario o de las opciones legítimas de la mayoría sino de su contradicción con el fin para el cual el voto ha sido conferido, o por su uso contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El elemento intencional aparece como imprescindible en todos los casos aunque, en muchos de ellos, formará parte de la configuración de los presupuestos de hecho cuando, por ejemplo, se juzgue que el abuso se ha fundamentado en la voluntad de obtener beneficios personales para un accionista o un grupo de ellos, o para perjudicar ilícitamente a la minoría.

Concluye la autora citada en que en nuestro derecho procede la acción de responsabilidad por abuso de la minoría. La acción se da en los supuestos en que la minoría de la sociedad usa abusivamente de sus derechos, guiada por un interés egoísta y abusivo, ajeno al interés social.

La minoría puede usar abusivamente de sus derechos derivados de su estatus de socios, esto es: el derecho de voto, de información, de intervención judicial, de impugnación de resoluciones, etc.

La acción reparatoria es, en estos casos, de naturaleza contractual.

#### **14. EL ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**

##### **A) Presentación del tema**

El principio general del abuso de derecho sustentado en lo que implica el deber de actuar de buena fe, tiene plena vigencia en el de-



recho societario como forma de interpretar y calificar conductas. La sociedad, como persona jurídica, se regula por sus estatutos, por las normas que a ella refieren y por los principios generales.

No abusar de los derechos como administrador o como socio es básico en la dinámica societaria.

El administrador tiene la responsabilidad no sólo de respetar las normas sino de actuar como un buen hombre de negocios en miras a los fines de la sociedad. La honradez y la lealtad deben caracterizar el proceder de los administradores.

Se puede incurrir en abuso en el ejercicio de facultades o derechos, con el uso excesivo de los poderes otorgados en carácter de administrador, si se asumen conductas no deseadas, ajenas a las exigencias estatutarias y a los fines sociales.

Si el administrador, por ejemplo, a conciencia falsea datos de stock, o la realidad numérica de la empresa, tratando de lograr beneficios para sí o para terceros, actúa con exceso en el ejercicio del poder administrador y puede ser llamado a responsabilidad por exceso o abuso en el ejercicio de sus facultades. No hace falta dolo para incurrir en abuso de derecho y que se impute responsabilidad a los administradores.

El afectado podrá demandar por responsabilidad contractual o extracontractual según el caso, aplicando los parámetros generales de responsabilidad y según la obligación transgredida haya surgido de una obligación determinada o bien de la transgresión del principio general de no dañar.

Si se buscó proteger a la sociedad dando informes falsos, ello repercute en perjuicio de los acreedores, que tendrán luego legitimación activa por responsabilidad contra el administrador.

Si la sociedad está en cesación de pago y se oculta tal situación, contrayendo nuevas obligaciones con terceros, en definitiva se asumen obligaciones sabiendo que no se cumplirán, lo que evidencia actos de fraude, abuso, procediéndose con especial malicia.

## **B) Deberes del administrador**

**Varios son los deberes que asume el administrador y consecuentemente, varios son los límites que rigen su proceder**

En primer lugar, tiene el **deber de administrar** conforme a las pautas exigibles a un buen hombre de negocios. Ello implica realizar actos tendientes al desarrollo del objeto o fin social, o sea, actos



dirigidos a la buena marcha de los negocios. Se tiende a conservar y aumentar el patrimonio social, todo dentro de los límites del objeto social y las normas estatutarias y legales vigentes. La discrecionalidad del administrador tiene como límite el objeto social y tender a lograr el interés social.

El **objeto social**, en concepto de DÍAZ ECHEGARAY (*Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2006, pág. 95), marca el límite de la actividad y del poder con que cuenta el administrador. No se puede actuar más allá de los límites de la actividad prevista por los estatutos. Si se extralimita o se abusa de los poderes transgrediendo el objeto social el acto es válido frente a terceros aunque en el ámbito interno ello pueda derivar en responsabilidad por ser abusivo.

El **interés social** es el interés de todos los socios, consistente en la tendencia a actuar de forma que se obtengan, dentro de la legalidad, los mayores beneficios posibles en el ámbito en que se actúa. Ello supone crear riqueza para los socios.

El **administrador de una sociedad debe desempeñar su actividad con la diligencia de un buen hombre de negocios**. No garantiza un resultado pero sí sus mejores esfuerzos en lograrlo, asumiendo en este sentido una típica obligación de medios. Siendo el dolo o la culpa factores de atribución de su posible responsabilidad.

Junto al deber de administrar tiene, además, **el deber de informarse y de informar a los otros; el deber de fidelidad; el deber de lealtad y el deber de secreto o confidencialidad**.

El administrador debe informarse con diligencia tanto sobre la marcha de la sociedad como de lo que ocurre en el ámbito en que ésta se desempeña. El deber de fidelidad se traduce en actuar sólo en pos del interés social, anteponiendo este interés al particular o al de terceros.

El deber de lealtad se concreta en abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad. No se puede usar el nombre o los bienes de la sociedad en provecho propio. No se puede beneficiar de los negocios de la sociedad. No puede intervenir si existen conflictos de interés.

El deber de secreto o de privacidad sobre la información de la empresa es básico. Por ejemplo, la información contable, financiera o económica no puede pasarse a un tercero. No se puede difundir lo que, sabido por otros, puede perjudicar a la sociedad.

El administrador responde por actos contrarios a la ley, a los estatutos societarios o por actos realizados en incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, emergentes de los principios generales, tal como ocurre con el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario o un buen hombre de negocios, a que ya se aludiera anteriormente.

Destaca NURI RODRÍGUEZ (*Mayorías y minorías en la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1989, pág. 27) que el administrador no sólo está obligado a gestionar y representar sino que está obligado a actuar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios (artículo 83). ALICIA FERRER Y RODRÍGUEZ MASCARDI ("La noción de un buen hombre de negocios en la ley 16.060" en *Anuario de Derecho Comercial*, t. V, pág. 161) dan un concepto de buen hombre de negocios partiendo de la noción de culpa emergente del artículo 44 del C.C. y 221 del C.Co. Consideran que la noción de culpa para el derecho civil parece ajena a la del derecho comercial atentos en el caso concreto, a lo previsto por los artículos 83 y 402 de la L.S.C.

Ante el concepto de culpa como transgresión del deber de actuar con la diligencia de un buen padre de familia, con cuidado, con prudencia, pericia y previsión, se entiende que el buen hombre de negocios refiere a la conducta de un profesional donde el modelo de conducta es distinto por el carácter técnico de la prestación. No se debe sólo la diligencia de un buen padre de familia sino la diligencia más severa, rigurosa, propia de un técnico o conocedor en la materia para poder administrar una sociedad.

En la diligencia de un buen hombre de negocios se destaca el deber de actuar de buena fe y con lealtad, tratando de conservar y hacer fructificar el patrimonio ajeno que se administra.

DÍAZ ETCHEGARAY (*Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2006, pág. 118) entiende que los administradores están obligados a actuar diligentemente en la gestión o administración de la sociedad, realizando los actos necesarios para la promoción del fin o interés social. El tema medular para concretar el alcance de sus deberes de conducta a la hora de establecer si se ha incurrido o no en ilicitud o abuso, está en que su proceder no puede responder al interés de terceros, al interés de algunos socios o al suyo propio, sino que se debe al interés de la sociedad. Para establecer la conducta debida se debe contemplar un modelo abstracto exigible en el caso concreto según las circunstancias y su proceder se

debe calificar en pautas de lo que en el caso era una conducta esperable y razonable.

**Desde nuestro punto de vista**, en realidad, no es que exista un criterio de culpa distinto sino que lo diferente es el modelo abstracto de conducta debida a comparar con la que se desea calificar como culpables o no. Este modelo, como el aplicable a todo profesional, exige un determinado nivel de conocimientos, de experiencia, de diligencia, de pericia, acorde a la empresa de que se trate.

Estos “administradores”, **actúan con abuso cuando**, por ejemplo, abusan de la figura de la persona jurídica o de una sociedad para perjudicar o dañar a los acreedores. Así ocurre cuando recurren a la ya frecuente maniobra de utilizar una empresa en la que se colocan o transfieren los beneficios y otra a la que se proyectan las deudas, de forma que los acreedores se enfrentan finalmente con una persona jurídica insolvente la que, luego de ser ejecutada, termina por tornar sus deudas inexigibles y sin ningún respaldo patrimonial. El administrador que se presta para este tipo de maniobras incurre en un abuso y puede ser llamado a responsabilidad, incluso en forma personal y solidaria.

El administrador sabe, en muchos casos, que cuando asume cierta obligación la misma no será cumplida por carecer la empresa que aparece obligada, de bienes, capital o respaldo patrimonial. En consecuencia es consciente, en muchos casos, de la insolvencia de la sociedad que utiliza en su maniobra y en su gestión.

### C) Abusos y responsabilidad en el ejercicio de su función

La responsabilidad del administrador es por abuso en el ejercicio de sus funciones y suele quedar evidenciada cuando, actuando sin tener en cuenta el interés societario, incurre en responsabilidad legal. A ello aluden los artículos 83 y 391 de la L.S.C. ya referidos, y, en consecuencia, en cuanto implica trasgresión de normas, se estaría ante una hipótesis de responsabilidad contractual. Para que esta opere se debe probar la existencia del daño causado por el incumplimiento de la obligación.

Con acierto, en los arts. 83 y 391 de la L.S.C. se establece un criterio de responsabilidad para los administradores con mayor rigor y severidad, al establecer incluso su solidaridad preceptiva. Para RIPPE (*ob. cit.*, pág. 139) los administradores responden solidariamente respecto de la sociedad, accionistas o terceros por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, por la violación de la ley,



estatuto o reglamentos, por el mal desempeño de su cargo o lo que suponga proceder con abuso de facultades, dolo o culpa grave. La responsabilidad es solidaria respecto de las decisiones adoptadas en el directorio e involucra sólo a los que tuvieron participación causal en la misma.

Sin duda el régimen jurídico referido es más severo que el que preveía el art. 408 del C.Co. o el Art. 11 de la ley 2230 de 2 de junio de 1892.

Además, según RIPPE (*ob. cit.*, pág. 140), cuando la norma señala que se responde por la sola transgresión de la ley o los estatutos, implica, en esencia, consagrar un régimen de responsabilidad objetiva, que no admite excepción legal o convencional alguna, a diferencia de los supuestos a los que también alude el art. 391 cuando se incurre en abuso de las facultades, en dolo o culpa grave, que presuponen la prueba de estas conductas y la posibilidad de acreditar su ausencia.

De una visión sistematizada de las normas que refieren a la responsabilidad de los administradores (arts. 50, 51, 83, 387, 389 y 391), **concluimos que se trata de una responsabilidad personal, subjetiva y eventualmente solidaria.** Consideramos que el administrador responde fundado en la aplicación del factor de atribución consistente en haber asumido una conducta negligente o culposa, siempre que haya tenido, obviamente, participación en la decisión cuestionada.

Su conducta ilícito culposa puede provenir de actuar con falta de diligencia, de pericia, por imprudencia o por no prever lo previsible (artículo 44 del C.C.). El art. 83 refiere a la responsabilidad por falta de lealtad y por no actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. El art. 391 alude, como ya dijéramos, a la responsabilidad por la violación de la ley, de los estatutos, por el mal desempeño del cargo, por el abuso de las facultades o por haber incurrido en dolo o culpa grave. Esta redacción poco clara llevó a que ciertos autores, efectuando un enfoque parcializado, y a nuestro modo de ver erróneo, llegaran a sostener, por un lado, que la responsabilidad puede ser objetiva, concretándose en el mero hecho de transgredir una ley o los estatutos (postura de RIPPE), y otros incluso, consideraran que sólo se responde por dolo o culpa grave (OLIVERA, "Responsabilidad de los directores de las entidades de administración financiera" en *Anuario de Derecho Comercial*, t. XI, pág. 26 y 27).

La normativa que refiere al tema no debe ser interpretada en forma aislada o parcializada sino que se debe sistematizar.





El art. 391, por un lado, refiere a la responsabilidad por apartarse de la ley, los reglamentos o estatutos. Interpretada aisladamente se presta para sostener una responsabilidad objetiva. **También refiere a una responsabilidad por abuso de facultades**, dolo o culpa grave que, aisladamente, puede llevar a limitar la responsabilidad sólo al caso de dolo o culpa grave. Pero también el art. 391 se remite al artículo 83, de donde, para nosotros, parte el criterio general que refiere a la responsabilidad del administrador con criterio general, fundado en la falta de lealtad o falta de diligencia de un buen hombre de negocios lo que, desde nuestro punto de vista, es lo que opera como factor de atribución de su responsabilidad.

Rodríguez AZUERO ("Responsabilidad civil de los administradores de sociedades", *obra homenaje a Mezzera*, Montevideo, 1999, pág. 452) considera que el administrador tiene obligaciones específicas diferentes de la obligación genérica de no dañar y por tanto, su responsabilidad con relación a la sociedad, los directores o accionistas deriva del incumplimiento de una norma que aunque no sea contractual, deriva en responsabilidad contractual. Por esta razón, la responsabilidad sería contractual salvo los daños causados a terceros, en los que se aplicaría el régimen de la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad de los administradores es de origen legal y, por tanto, contractual pues parte de la trasgresión de un deber concreto y determinado y no de un deber genérico de no dañar.

Respecto al alcance de esta obligación, debemos tener presente que el art. 391 refiere a los "daños directos e indirectos".

Recordamos que en el régimen de la responsabilidad contractual del art. 1346 se responde en caso de culpa, sólo de los daños que se previeron o debieron haber previsto y, cuando hay dolo, se responde además de los daños imprevistos. En consecuencia, el art. 391 de la L.S.C., estaría ampliando el daño resarcible pues a pesar de que se trata de una responsabilidad contractual se respondería en el caso por los daños directos e indirectos, o sea, por los previsibles e imprevistos, aún cuando no existiere dolo.

Entiende NURI RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, pág. 28) que esta responsabilidad ilimitada del administrador es una consecuencia de los caracteres especiales que tiene la sociedad: a) el capital dividido en acciones; b) el poder amplio de los administradores; c) la responsabilidad limitada de los socios; y d) la falta, en algunos casos, de identificación de los socios, que se mantienen en forma impersonal.

Cuando se negocia con la sociedad se pondera la solvencia moral del administrador que, de alguna forma, es el que da la cara y en consecuencia es de allí que se regula especialmente su responsabilidad. Además, su responsabilidad se relaciona con la amplitud de sus poderes (artículo 79 de la L.S.C.). El administrador no puede actuar al margen del objeto social. Si ello ocurre, la sociedad no queda obligada y sí los socios responsables.

Existen otras obligaciones de los administradores sancionadas con su responsabilidad.

Tal lo que sucede con lo previsto en el art. 387 de la L.S.C. cuando establece: "Los directores que en negocios determinados tengan interés contrario al de la sociedad, sea por cuenta propia o de terceros, deberán hacerlo saber al directorio y al órgano interno de control en su caso, absteniéndose de intervenir cuando se traten o resuelvan esos asuntos. Si así no lo hicieren, responderán de los perjuicios que se ocasionen a la sociedad por la ejecución de la operación"

Por su parte, los arts. 85 y 389 prohíben a los directores que ejerzan actividades del mismo giro que el social, salvo que la asamblea así lo autorice. Además, como ya vimos, los administradores responden por la ejecución de resoluciones de asambleas que fueron impugnadas (artículo 372 de la L.S.C.).

El art. 391 de la L.S.C. establece que el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad y los accionistas, por daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente de la violación de la ley, por el mal desempeño de su cargo y causados por abuso de facultades. Esta es la mejor forma de defender los intereses de la sociedad y de quienes se relacionan con ella. Esto implica la presunción de culpa de los involucrados, cayendo sobre ellos la carga de destruir esta presunción.

**Corresponde hacer algunas reflexiones sobre la responsabilidad del gerente, diferente al administrador, en la gestión de la sociedad.**

Al tema refiere expresamente el artículo 143 inc. 2º del Código de Comercio cuando, al referirse a las responsabilidades de los principales con referencia a la gestión que realizan sus gerentes o factores, establecen que ellos no pueden sustraerse del cumplimiento de las obligaciones contraídas por estos a pretexto de que abusaron de su confianza o de las facultades que les estaban conferidas, o de que consumieron en su provecho los efectos que adquirieron para sus principales, salvo su acción contra los factores para la indemnización.

Así, los principales no quedan exonerados de lo actuado por los factores o gerentes a pretexto de que estos abusaron de su confianza. O sea, el afectado puede accionar ante el gerente o factor e inclusive ante el principal. Frente a terceros, el principal responde por lo realizado por su gerente como una operación normal (artículo 1555 del C.C.).

Como bien anota NURI RODRÍGUEZ (ob. cit., pág. 87) no se puede responsabilizar a los terceros de la mala elección de un gerente o de los errores de éste.

El gerente responde ante la sociedad igual que el administrador pero no tiene responsabilidad ante los accionistas pues su gestión no se vincula con ellos.

Además, no responde frente a terceros salvo casos de exceso de poder.

Respecto a la sociedad y a los terceros la responsabilidad de los gerentes no excluye la responsabilidad de los administradores. De manera que la sociedad tiene un elenco mayor de responsables toda vez que en la sociedad actúa un gerente. La responsabilidad, como bien lo sostiene NURI RODRÍGUEZ (ob. cit., pág. 38) no se divide entre el órgano de administrador y el gerente sino que se expande a todos ellos cuando corresponde.

SECCIÓN III  
DERECHO PROCESAL

15. ABUSO DE LAS VÍAS PROCESALES

**A) Presentación del tema**

La acción procesal se sustenta en un derecho. Éste proyecta su eficacia a través de la acción judicial. Sin lucha no existe derecho como sin trabajo no existe propiedad. Cada uno debe proteger sus intereses y ejercer sus derechos cuando éstos son afectados irregularmente. De ello depende la tutela del interés particular y social.

El derecho a accionar por la defensa de derechos o intereses es reconocido por el orden jurídico dentro de ciertos fines o límites, luego de los cuales se puede incurrir en abuso. Para que exista abuso en el ejercicio de los derechos planteados en las acciones procesales se requiere:

- a) Que el sujeto sea titular de un derecho o interés que se trata de ejercitar pretendiendo el amparo de la vía jurisdiccional;
- b) Que se ejercite dentro de lo previsto por el orden jurídico;
- c) Que se oriente por un móvil distinto al fin por el que se reconocieron las normas que se invocan.

**B) Concepto**

Llegada la hora de definir qué se entiende por abuso procesal, la doctrina ha propuesto distintos criterios que enuncia ordenadamente MAURINO (*Abuso del derecho procesal*, Buenos Aires, 2001, pág. 2), cuando diferencia en este tema distintas fuentes de opinión:

- a) En primer lugar, alude la existencia de un **anti-funcionalismo** refiriéndose a quienes sostienen que la nota característica del abuso del proceso es la desviación teleológica de la norma jurídica. Se entiende que cada norma tiene un fin y que ese fin se deja de lado cuando se incurre en abuso procesal. En definitiva, lo que importa es que se está distorsionando una norma o la institución o principio procesal, con desmedro de la finalidad propia de la nor-



ma, institución o principio. En definitiva, un acto sería abusivo cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento siempre y cuando dicha desviación cause un determinado daño procesal.

- b) En la **corriente subjetiva**, siguiendo la presentación efectuada por el autor antes citado, se entiende que el abuso de la vía procesal se da cuando la violación a la norma parte de una conducta que implica transgredir el principio lealtad y probidad en el proceso.
- c) En la **teoría intermedia** están quienes entienden que no alcanza con vulnerar las intenciones o las conductas sino que corresponde, además, plantearse la consideración de las consecuencias a las que se llega con las conductas asumidas.

Con acierto, GELSI BIDART ("Abuso del proceso", en *XI Congreso Nacional de derecho procesal*, La Plata, 1981, t. I, pág. 217) consideraba que la definición de abuso del proceso tiene un doble sentido: amplio y estricto.

1) En **sentido amplio** se entiende toda desviación de las normas programadas a su respecto por el legislador;

2) En **sentido estricto**, se entiende puntualmente el apartamiento de algún elemento que no funciona o funciona mal dentro del sistema procesal concreto de que se trate.

COUTURE (*Vocabulario jurídico*) define el abuso del proceso como la forma excesiva o vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa.

JORGE PEYRANO ("Abuso del proceso y conducta procesal abusiva" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006, pág. 72) llega a identificar un nuevo principio procesal conforme al cual "se encuentra proscripto el abuso del derecho en el campo del proceso civil". El autor insiste en que se está ante un nuevo principio procesal civil.

Se conoce que una de las características de los principios procesales es su denominado dinamismo consistente en que merced al incesante laboreo de la doctrina se han ido descubriendo y perfilando, entre la maraña de normas legales, más y más principios procesales. Pues bien, aquí se está ante un nuevo principio procesal en criterio del prestigioso autor argentino anteriormente citado.

### C) Principio de la buena fe. Moralidad en el proceso

El proceso está ordenado en función de una norma ética fundamental que refiere a la conducta con que deben actuar los inter-



vinientes en él. La presencia de este principio ético rector luce en distintas disposiciones del Código General del Proceso de forma inquestionable. Alcanza con tener presente el artículo 5; 61; 63; de este cuerpo normativo entre otras normas.

No puede entrar a participar en el proceso quien no esté dispuesto a proceder de buena fe y con lealtad. Para GOZAÍN (*Temeridad y malicia en el proceso*, Santa Fe, 2002, pág. 29) la idea de proceder con lealtad y buena fe se resume en la idea referida a la conciencia de obrar honestamente. La regla moral y el deber de actuar de buena fe exigen un "juego limpio", lo que no excluye la habilidad, la inteligencia, pero excluyen la maniobra artera, la chicana, que no persiguen la veracidad sino que buscan fines extorsivos con la demora injustificada de los procesos. Las normas procesales tienen cada una un fin, pero todas responden a un fin común que es el de arribar a la verdad y a la justicia a partir de un proceso seguido de buena fe y con lealtad, lo que implica accionar cuando se tiene el convencimiento de tener razón.

No decir la verdad o no enunciarla en forma completa supone apartarse del denominado "**deber de plenitud**", que exige la descripción completa de los hechos en lo favorable y aún en lo desfavorable.

**Hoy es innegable el imperio del principio de la moralidad en el proceso civil.** El legislador, en el ámbito nacional e inclusive en el derecho comparado en forma constante refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe, lo que no hace más que materializar el susodicho principio de la moralidad. En este sentido, PEYRANO JORGE (*El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, 1978 pág. 174) entiende que diversas normas del sistema jurídico consagran y reconocen al juez y tribunales el poder de ver, de prevenir y de sancionar los actos abusivos respetados dentro el debate judicial.

LANDONI SOSA ("El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo" en la obra *Tratado de la buena fe*, dirigido por CÓRDOBA, Buenos Aires, 2004, t. II pág. 393 y ss.), considera, en un excelente artículo, que la buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad son componentes de un concepto más amplio, que nuestra doctrina ha denominado principio de la moralidad, el cual implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y, en definitiva, la inmoralidad, las cuales no pueden ser jamás instrumentos para ganar un pleito.

El autor cita a GELSI - BIDART ("Proceso y regla moral" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, año 1960) para quien es necesario poner "el acento" de la mayor significación ética, en el problema de la utilización del proceso que como es un medio o un instrumento jurídico, debe estar sujeto al enfoque adecuado al medio, a la ética de los medios, que abarcan lo que se hace además de aquello por lo cual se hace. En rigor, continúa el autor, no puede nunca prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquél funciona como causa final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue. Pero, además, el medio tiene consistencia propia, en parte moderada en vista al fin, pero que de ningún modo se confunde con éste. Por ende, la eticidad del medio deberá establecerse más que con el fin perseguido, que tiene su propia eticidad, en relación a: a) aquello en que el medio consiste y b) el modo de usarlo, de ejercer o de ejecutar, de realizar el mismo.

Por principio, el debate en el proceso debe ser leal y de buena fe y de ello surge el deber de veracidad.

COUTURE, en su famoso *Vocabulario jurídico*, definía la buena fe procesal como la calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón. LANDONI SOSA (*ob. cit.*, pág. 400), entiende que **el deber de actuar de buena fe en el proceso se materializa:**

- a) brindando al tribunal la información veraz y completa de cómo ocurrieron los hechos, sin ocultamiento, reticencias o ambigüedad;
- b) aportando la prueba de cargo y descargó sin retaceos;
- c) utilizando en forma correcta las vías procesales y no abusando de ellas para promover fines ilícitos, no promoviendo procesos infundados, innecesarios, no utilizando vías inadecuadas, no deduciendo excepciones, disidentes o recursos maliciosos;
- d) colaborando con el tribunal en el desarrollo del proceso, en especial de la audiencia, ya que la actividad conjunta del juez y de las partes es esencial para lograr la efectiva tutela de los derechos sustanciales;

**En nuestra opinión**, la exigencia de buena fe se requiere en el ejercicio de cualquier acción o derecho en el ámbito del proceso. Ni el abogado, ni quienes recurren al proceso, ni quienes actúan en él para juzgar pueden apartarse de esta máxima fundamental. En el ejercicio debido de la buena fe procesal se constata la íntima relación que existe entre la moral y el derecho. Sólo cuando se actuó de buena fe en

el respeto y ejercicio de las normas procesales podemos decir que se actuó con la garantía del debido proceso. La buena fe procesal puede ser enfocada desde el punto de vista subjetivo y consiste, como lo señala GOZAÍN ("El principio de la buena fe en el proceso civil", en *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, 2004, pág. 893) en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno tutelado por el derecho.

La buena fe procesal objetiva aparece en normas de conducta como son la lealtad, la colaboración, en el ámbito del proceso, y en el propio deber de decir la verdad. Para COUTURE (*Estudios de derecho procesal civil*, t. III, Buenos Aires, 1989, pág. ...) la buena fe y la lealtad procesal deben ser de gran preocupación en cuanto suponen una pauta ética a la cual deben adecuar su conducta los sujetos intervinientes en el proceso. El orden jurídico procesal tiene por fin hacer justicia en cada caso en concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren este objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción del debido proceso, consagrado como derecho humano.

#### D) Naturaleza jurídica de la conducta a asumir en el proceso

MAURINO (*ob. cit.*, pág. 7) considera las distintas opiniones que se han propuesto sobre la naturaleza jurídica de esta conducta debida, entendiendo que para unos es un deber, para otros una obligación, para otros una carga procesal y, por último, están quienes entienden que es un principio procesal.

MICHELI (*Estudios de derecho procesal civil*, t. I, pág. 268, citado por MAURINO, *ob. cit.*, pág. 7) entiende que la prescripción de la norma de comportarse en el juicio con lealtad, probidad, constituye un deber y no está únicamente vinculada con el deber de decir la verdad: no se puede impedir "el juego sutil, la esgrima que se desarrolla entre las partes en el proceso, juego hecho a menudo de reticencia, sino que tal juego debe ser conducido lealmente, siempre dentro de los límites de los poderes de defensa, reconocidos a las partes".

Desde otro punto de vista se ha sustentado que se está ante una verdadera **obligación**. El propio COUTURE (*Estudios de derecho procesal*, *ob. cit.*, t. III, pág. 254) sostiene que se está ante una obligación cuando la transgresión se resuelve en la reparación pecuniaria del daño causado por el proceso injusto.

MAURINO (*ob. cit.*, pág. 9) entiende que el funcionamiento de la figura del abuso del proceso nace del principio de moralidad que





puede traducirse, a su vez, en un principio derivado. Se está, en realidad, ante un principio procesal y es éste el criterio que a nosotros más nos seduce por entenderlo más preciso y acorde a la realidad.

Por último tenemos a CALAMANDREI (*Instituciones de derecho procesal*, pág. 141), quien entiende que se trata de **una carga procesal** de carácter especial que debe resolverse en una ventaja para el adversario o en un acto de colaboración para la justicia.

### E) Modalidades del abuso del proceso

Se puede incurrir en abuso del proceso asumiendo distintas conductas:

- a) por un lado, se puede **dirigir el proceso a fines inadecuados**: procesos aparentes, simulados y fraudulentos en perjuicio de un tercero;
- b) se puede promover un **proceso inmotivado** con el solo fin de molestar al contrario.

En definitiva, puede ocurrir que se lleve adelante un proceso sin interés digno de tutela, un interés legítimo, asumiendo una vía perjudicial en forma innecesaria para el adversario. En definitiva, como anota MAURINO (*ob. cit.*, pág. 10) se puede incurrir en distintas modalidades de abuso: pues se transgrede el deber de colaboración en la marcha del proceso, o se el deber de utilizar el proceso para la satisfacción de intereses lícitos, o bien se transgrede el deber de información correcta y plena; o bien el deber de prestarse al reconocimiento e inspecciones, o bien no se cumple con el deber de recibir la documentación.

El abuso el derecho del proceso se puede constatar desde distintos puntos de vista: a) por un proceso infundado; b) por un proceso innecesario; c) por un proceso inadecuado. Puede suceder que se realicen planteos o pretensiones judiciales sin fundamento. Tal lo que sucede cuando, por ejemplo, se pide una medida cautelar que no corresponde.

En otros casos ocurre lo mismo cuando se inicia un proceso en el que éste es usado inútilmente, generando gastos y perjuicios innecesarios.

Es inadecuado utilizar el proceso con fines claramente extorsivos. Tal lo que sucede cuando se presenta una denuncia penal para lograr un acuerdo transaccional en el ámbito comercial. Las modalidades más comunes de ejercicio abusivo de los derechos procesales las vemos, a modo de ejemplo, en la presentación de ciertas deman-

das; en la presentación de algunas denuncias penales o las amenazas de presentación, al dilatar o chicanear ciertas defensas; al plantear incidentes que no corresponden; al solicitar ciertas medidas cautelares excesivas.

Puede suceder que se plantee el juicio sólo con el fin de molestar o perjudicar al adversario, o bien con el fin de intimidarlo o influenciar sobre su voluntad y conducirlo o presionarlo a ir a una transacción inconveniente.

También se puede dar este abuso cuando, con una denuncia penal, se hace una acusación temeraria, actuando con ligereza, con motivos irregulares. Puede suceder que exista causa legítima pero que la denuncia se realice no con un fin legítimo sino para extorsionar.

#### **F) Aumento de las facultades del juez en el contralor del proceso**

Varias disposiciones del Código General del Proceso refieren a las facultades que tiene el juez para controlar la conducción del proceso dentro de los parámetros de la buena fe, la lealtad y la probidad. Así, el artículo 5 del C.G.P. se prescribe: "Buena fe y lealtad procesal. Las partes, sus representantes y asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respecto que se deben los litigantes y a la lealtad".

"El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la corrupción y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria".

En el artículo 61 del mismo cuerpo normativo se prevé: "Daños y perjuicios. Si la mala fe o la temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte por ser condenada, además, a los daños y perjuicios en otro proceso o en el mismo, si hubiere mediado expresa petición en este sentido".

Artículo 63 "Requisitos de los actos procesales. Además de los requisitos que en cada caso se establezcan, los actos deberán ser lícitos, pertinentes y útiles". "Habrán de ser realizados con veracidad y buena fe y tener por causa un interés lícito".

Como bien destaca LANDONI SOSA (*ob. cit.*, pág. 401), interesa no solo la vigencia del principio de bilateralidad que permite el contralor de las partes, sino también el de inmediatez (Art. 8 del C.G.P.) y de ordenación del proceso (artículo 6 del C.G.P.) que posibilitan al juez ejercer control y la efectiva dirección del proceso (artículo 2 del C.G.P.) otorgándole a tales efectos, entre otras, las siguientes facultades: rechazar in limine demandas manifiestamente improponibles (artículo 24 inc. 1º y 119 inc. 2º); b) dar al proceso el trámite que legal-

mente corresponda cuando el requerido aparezca como equivocado (artículo 24 inc. 3º del C.G.P.); rechazar pruebas inadmisibles, manifiestamente inconducentes o impertinentes (artículo 24 inciso 6º); rechazar la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos (artículo 24 lit. 8), declarar de oficio y de pleno

### G) Temeridad y malicia

La conducta procesal adquiere relevancia cuando la misma es caracterizada por la temeridad o la malicia con la que se actúa.

La **temeridad** y la malicia son violaciones al deber de probidad. Según la Real Academia, temeridad significa "lo que se dice, hace o piensa, sin fundamento, razón o motivo. Se actúa sin fundamento, sin una razón, sin una lógica. O sea, se actúa arbitrariamente". En la temeridad, como señala MAURINO (*ob. cit.*, pág. 40) se diferencia un elemento objetivo que es la ausencia de razón para litigar, representado por la falta de fundamento de la demanda y el elemento subjetivo que se refiere al reconocimiento del justiciable de lo infundado de su posición procesal.

En la **malicia** está presente la nota de la mala fe. Supone el arbitrio del empleo del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga las partes, en contraposición a los fines de la jurisdicción obstruyendo o desplazando el curso del proceso.

Actúa con temeridad el que deduce pretensiones o acciones con conciencia de su sinrazón. Su falta de fundamentos no la puede ignorar de acuerdo a pautas de razonabilidad y conocimientos medios. No alcanza con no tener razón sino que se debe tener conocimiento de que se actúa sin fundamento válido.

En la malicia aparece un ingrediente más que es el de la intención de obstruir, demorar o alterar el normal desarrollo del proceso.

### H) Consecuencias de la conducta abusiva en el proceso

LANDONI (*ob. cit.*, pág. 405) sostiene que las consecuencias que se derivan de la utilización abusiva de las vías procesales podrían ser, según los casos, las siguientes: a) las **condenas procesales** strictu sensu, que no son más que la reparación de parte del daño causado; b) la **responsabilidad civil adicional** por daños y perjuicios emergentes del uso indebido de las vías procesales; c) la **responsabilidad disciplinaria** que puede corresponder a las partes, a los demás participantes del proceso y a los abogados o procuradores; y d) la **responsabilidad penal** en los supuestos en que se haya configurado algún tipo de delito, incluso penal.

En términos generales, la existencia de actos del proceso anti-funcionales, genera la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad, revocándolos o aún clausurando la etapa en la que se produjeron.

Como dice VÉSCOVİ (“El abuso de derecho en el ámbito del proceso civil”, en el *XI Congreso de Derecho Procesal*, La Plata 1981. Libro Ponencias, t. I, pág. 270) la nulidad del acto abusivo es una sanción más perfecta. La sanción por daños y perjuicios constituye una forma sustitutiva y no restitutiva, que es a la que menos tiende el derecho.

Otra consecuencia de la calificación procesal como abusivo, es que la facultad correspondiente no pueda ejercitarse válidamente.

Con relación al resarcimiento de los daños y perjuicios que se pueden causar con la conducta en el proceso se han sustentado dos posturas: a) posición que acepta una teoría de fundamentación objetiva, donde simplemente se pondera el riesgo creado con el acto o comportamiento abusivo, sin importar el dolo o la culpa. b) Por otro lado, está la posición subjetiva, que funda esta responsabilidad en la imputación de dolo o culpa.

VÉSCOVİ (*El abuso de derecho en el ámbito del proceso, ob. cit.*, pág. 266) entiende que se debe exigir culpa grave o dolo.

El artículo 61 del C.G.P. ordena: “Cuando la mala fe o la temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte podrá ser condenada, además. A los daños y perjuicios en otro proceso o en el mismo, si hubiera medida expresa petición en este sentido”.

En el art. 688 del C.C., inc. 2º, se establece: “Puede el juez no hacer condena especial en costas o imponerla al vencido, o aún condenarlo en costas y costos según estime que aquel litigó por alguna razón, o por culpable ligereza, o por malicia que merezca la nota de temeridad, en perjuicio de lo que dispone la ley procesal”. Además, en el art. 60 del C.G.P. se establece que el apoderado podrá ser condenado en costas y costos solidariamente con su representado cuando de su actividad procesal surja de forma manifiesta que existe mérito para ello (Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, *Responsabilidad civil del abogado y del escribano*, Montevideo, 2007, pág. ...).

### **I) Doctrina Nacional**

El abogado, como hemos visto, es una pieza vital en la administración de justicia y su misión en la defensa de los derechos del cliente asume una importancia sustancial. El derecho de defender a



su cliente lo ejerce libremente. Como decía COUTURE, el abogado necesita amplia libertad pues sin ella no hay derecho, ni justicia, ni paz.

Pero ésta, como todas las libertades, debe ser ejercida dentro de ciertos parámetros. Así, si en el ejercicio de este derecho se buscan fines que no son propiamente los de defender derechos del cliente sino de afectar los derechos de la contraparte alargando innecesariamente el proceso y que nada tienen que ver con la finalidad de obtener un pronunciamiento judicial favorable, ello puede suponer el ejercicio abusivo del derecho de abogar, causando daños que deberán ser resarcidos.

GHERSI («Responsabilidad de los Abogados por el Ejercicio Abusivo del Derecho de Abogar»; *Jurisprudencia Argentina*, 1991, pág. 5) marca un perfil interesante del daño que puede llegar a causar el abogado ejerciendo abusivamente el derecho de abogar señalando que también con ello se lesiona al Estado por el daño derivado del dispendio de la actividad judicial. Efectivamente, la comunidad mantiene mediante recursos el sistema judicial para que los ciudadanos accedan a la Justicia, posibilitando para ello el monopolio de abogados que actúan como auxiliares de la misma. En consecuencia, todo el ejercicio abusivo de este derecho, ocasiona daño social ineludible, y la reparación del mismo recae sobre la parte, pero también en el abogado, por los fundamentos expuestos.

Desde nuestro punto de vista, uno de los beneficios más claros que ha traído el Código General del Proceso en lo que respecta a la Administración de Justicia es que ha eliminado «subterfugios» por los que se podía transitar para alargar innecesariamente el proceso lo que había fomentado el descrédito o desconfianza en la Justicia.

El artículo 148 de la Ley Orgánica de la Judicatura (Ley 15.750) reguló expresamente ciertas circunstancias de ejercicio abusivo del derecho de abogar al establecer que los abogados podrán ser corregidos disciplinariamente en los siguientes casos: Cuando alegaren hechos cuya falsedad se hallase probada en los autos o dedujeren recursos expresamente prohibidos por la ley.

Antes de la entrada en vigencia del C.G.P., no faltaron autores (GUILLOT, GALLINAL) para quienes la respuesta del orden jurídico al proceder abusivo no pasaba de las posibles condenas judiciales en costos y costos. Luego, ante abusos notorios, cometidos sobre todo con la interposición de recursos que se sabía no prosperarían y con la sola intención de alargar o demorar el proceso, se comienza a aceptar la aplicación del abuso de derecho en el ejercicio de las vías proce-

sales. Más allá de los aspectos disciplinarios, entendemos que estas actitudes podrían justificar acciones resarcitorias contra el ejercicio inescrupuloso del derecho de abogar amparados en lo que sobre el particular ordena el art. 1321 del CC.

En nuestro derecho la entrada en vigencia del Código General del Proceso fue de gran utilidad, además, para esclarecer varios aspectos atinentes a la responsabilidad del abogado por el ejercicio abusivo del derecho de abogar.

**VAN ROMPAEY** («La Responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso», *A.D.C.U.*, t. XX, pág. 378) plantea con profundidad y concreción este interesante tema que podemos sintetizar en dos aspectos medulares que refieren a cuál es en estos casos el factor de atribución de la responsabilidad y cuál es la naturaleza de la misma.

El autor citado con acierto destacó que el fundamento jurídico de la acción resarcitoria por el uso indebido de las vías procesales no debe ubicarse en el instituto del abuso del derecho sino en la transgresión del principio de la buena fe de raíz constitucional y recepción legal (Arts. 5, 61 y 63 del C.G.P.).

Hasta la fecha podemos decir que tanto la doctrina como jurisprudencia mayoritarias han sostenido que esta responsabilidad se funda en lo establecido por el artículo 1321 del C.C., del momento que el uso indebido de las vías procesales configura un caso típico de «abuso del derecho». En estos casos el factor de atribución es el «dolo» o «la culpa grave» que importan la existencia de una intención de dañar (VÉSCOVI, «La responsabilidad derivada de la actuación en juicio en el Derecho Uruguayo» en *Estudios Jurídicos en Memoria de J.J. Amézaga*, pág. 549 y ss; GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, págs. 217 y 218).

Por su parte, **PEIRANO FACIO** (*Responsabilidad Extracontractual*, pág. 297, nota 5) no limitó esta posibilidad de responsabilidad a la existencia de dolo o culpa grave sino que también la admitió para el caso de que se incurriera en «culpa» aplicando los principios generales de la responsabilidad extracontractual. **VAN ROMPAEY** (*ob. cit.*), tomando como punto de apoyo el Código General del Proceso, sostuvo que este tipo de responsabilidad se fundaba básicamente en la transgresión del principio de la buena fe a que refieren los arts. 5, 61 y 63 del referido cuerpo normativo. La lealtad y honorabilidad del debate judicial procesal debe protegerse aun cuando no exista intención de dañar. Para este jurista, la responsabilidad por ejercicio indebido de



las vías procesales se funda en la violación de normas que imponen el deber de lealtad y probidad en el proceso.

Se ha sostenido, además, que la naturaleza de la responsabilidad emergente de la transgresión de estos deberes es de carácter contractual y no extracontractual, por cuanto no se viola un deber genérico (*nominem leader*) sino una obligación que estaría consagrada a texto expreso por los arts. 5, 61 y 63 del C.G.P.

No tendría, según este enfoque, fundamento legal la exigencia de la intención de perjudicar, dolo o culpa grave como condición única para que opere esta responsabilidad. Concluye VAN ROMPAEY en que resultaría injusto que si la movilización del proceso judicial, con todos los inconvenientes que acarrea, impulsada en forma negligente o con ligereza culpable, causa perjuicios a la contraparte, ellos no fueran indemnizables por la sola circunstancia de que el litigante no actuó dolosamente.

**GAMARRA** (*Tratado*, t. XIX, pág. 217) en la línea clásica consideró que el abuso de vías procesales sólo puede existir ante conductas intencionales. Cuando el proceso se utiliza con un propósito que no concuerda con su función natural ello implica la existencia de intencionalidad.

PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954 pág. 297), considera que el término "exceso" del artículo 1321 del C.C. refiere no sólo al dolo sino también a la culpa. Al abuso de las vías procesales puede accederse, según el autor, por conductas culpables o dolosas.

**LANDONI - SOSA** ("La regla moral y el abuso de las vías procesales", en *Estudios en homenaje a Gelsi Bidart*, Montevideo, 1996, pág. 403), sostuvo que procede responsabilidad civil por abuso de las vías procesales sólo ante conductas dolosas o por culpa grave. No procede la sanción del art. 56.1 del C.G.P. si sólo hay culpa. Además, el art. 61 del C.G.P. requiere para la condena adicional de daños y perjuicios que haya mala fe o temeridad plenamente acreditadas.

**DE CORES** («Actuación en juicio y responsabilidad profesional», *L.J.U.*, t. 111) aplica al caso el art. 1321 del C.C. destacando que dicha norma señala que «el que usa de su derecho no daña a otro...», o sea, que la conducta jurídica permitida por el derecho es lícita aun cuando lesione intereses ajenos. Si se abusa en el ejercicio del derecho no existe justificación para dañar. El autor funda el abuso del derecho en la culpa, siendo suficiente el obrar imprudente, imperito o negligente para imputar los daños al autor, siempre que se den los



demás elementos para configurar la obligación de reparar (relación causal y daños). Si existe una obligación legal de cargo del litigante de comportarse de buena fe y actuar con prudencia para no causar daños inmotivados, es aplicable el art. 1342 del C.C. que dispone que el incumplidor debe los daños y perjuicios «aunque no haya mala fe de su parte» porque queda sujeto a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.

El gran interrogante que queda pendiente consiste en determinar cuándo es que se actúa con «exceso» (art. 1321) en el ejercicio de un derecho en el proceso. Sobre el punto quizás haya tantas teorías como autores (contradicción al fin social; falta de interés legítimo; actuación sin justa causa, etc.).

**Desde nuestro punto de vista**, en la actualidad el denominado «abuso de derecho» que como ya lo dijéramos cumplió una función histórica señalando que los derechos no son absolutos, de alguna forma ha quedado subsumido en la vigencia cada vez más candente y fortalecida del principio general de derecho que impone como norma de conducta «actuar de buena fe», coordinada sobre la cual se advierte unanimidad tanto en la doctrina jurídica como en el derecho positivo comparado.

A los efectos del tema que nos ocupa entendemos que la buena fe cumple en nuestro ordenamiento jurídico cinco funciones esenciales: en la interpretación, en la integración como informador del ordenamiento jurídico (fuente de inspiración de un sinnúmero de normas). Opera, además, con función legitimante del orden jurídico y con función convalidante (tutela de la confianza). **Por último, opera como criterio limitativo de la conducta jurídicamente admisible.** Destacamos que marca los límites no sólo en el ejercicio de derechos subjetivos sino en el cumplimiento de deberes y, en definitiva, en toda conducta que deba asumirse en la relación jurídica (DIEZ PICAZO, *La Doctrina de los Actos Propios*, pág. 19; GORPHE, *Le Principe de la Bonne Foi*, París, 1928, pág. 128; ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, ob. cit., pág. 80).

Enfocando el tema desde este ángulo, el abuso del derecho queda de alguna forma «subsumido» en la función que cumple la vigencia del principio general de derecho que impone un actuar de buena fe. En realidad, este principio termina por «sustituir» en su aplicación al denominado abuso del derecho que como institución ya cumplió su misión histórica consistente en marcar límites en el ejercicio de los derechos subjetivos en la época en la que existían tendencias que proclamaban su absolutismo.





Cierto sector de la doctrina nacional, quizá encandilado por la doctrina italiana, ha sostenido que el principio de la buena fe es de aplicación sólo en la esfera contractual o, más específicamente, cuando entran en contacto dos individuos. En concreto se ha sostenido que «la buena fe como norma de conducta social, es de aplicación siempre que exista una determinada relación entre dos o más sujetos» (GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XI, pág. 52). La buena fe sería una norma de conducta que se emplea como criterio de especificación de una serie de deberes recíprocos, impuestos a las partes que entran en tratativas (MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, pág. 362 citado por GAMARRA) (BRECCIA, *Diligenza e Buona Fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; NATOLI, *Studi sulla Buona Fede*, Milano, 1975, pág. 119 y ss.)

A nuestro juicio, no se puede limitar la aplicación del principio general del derecho que importa el deber de actuar de buena fe a la existencia de una relación de reciprocidad o de confianza. Sin duda que en estos casos rige este principio, pero la buena fe como norma de conducta general tiene un ámbito de actuación sumamente amplio ya que su influencia no opera sólo en el ejercicio de derechos subjetivos específicos sino que preside el comportamiento interrelacionado entre los miembros de la comunidad en todo momento (GALOPPINI, «Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1965, pág. 1386; y en *Studi sulla Buona Fede*, Milano, 1975, pág. 613).

La buena fe constituye un principio limitativo del ejercicio del derecho, cuya transgresión, al tornar en ilícito el comportamiento lesivo, funda una obligación de resarcimiento del daño injusto.

Este principio general del derecho que impone actuar de buena fe (con lealtad, honestidad) aparece «positivizado» respecto al comportamiento que debe asumirse en el proceso (art. 5 del CGP). Como bien lo señalara DEL VECCHIO (*Los Principios Generales del Derecho*, pág. 58), la sola violación de un principio general del derecho puede generar responsabilidad. Esta respuesta del ordenamiento jurídico en otros casos puede consistir en la invalidez o ineficacia del negocio.

La transgresión a un deber concreto de conducta relacionada causalmente con un daño, justifica la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual. Se está ante la transgresión de una obligación legal que impone normas de conducta concretas a las partes en el proceso, lo que nos lleva a pensar en la aplicación del régimen de responsabilidad contractual (DE CORES en *A.D.C.U.*, T. VII, pág. 233 y ss; VAN ROMPAEY, *ob. cit.*).

El ejercicio abusivo del derecho de abogar puede llevar a un juicio condenatorio de responsabilidad civil, tanto cuando se actúa con dolo como con culpa, y en este último caso la responsabilidad se configuraría sobre la base de la transgresión de un deber de conducta expresamente identificado en la norma como es el que impone actuar de buena fe (arts. 5, 61 y 63 del C.G.P.).

**Las consecuencias prácticas del ejercicio abusivo de las vías procesales están reguladas en los arts. 688 del C.C. y 56.1 del C.G.P.**, que consagran las condenas procesales en costas y costos para el caso de que se haya litigado con ligereza o malicia que merezca la nota de temeridad. Ello, sin perjuicio de la posible condena a reparar los daños y perjuicios causados. En ciertos casos el juez puede adoptar medidas de prevención del abuso o del fraude.

Como sostuvimos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, pág. 243), quien actúa con temeridad, o sea, con conciencia de las dudas importantes en sus fundamentos, no necesariamente actúa con dolo. El art. 61 del C.G.P. se remite a la temeridad utilizando un estándar jurídico cuyo contenido puede ser doloso o culposo. Se puede ser culpable en el desconocimiento de su sinrazón notoria.

Para que exista abuso de derecho en el proceso no se requiere intención de dañar y engañar sino que alcanza con la mera imprudencia, temeridad, torpeza o bien, alcanza con apartarse del deber de proceder de buena fe. El art. 5 del C.G.P. es claro al ordenar que todo participante en el proceso debe ajustarse al respeto del deber de lealtad y buena fe.

COUTURE (*Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1988) definía la buena fe procesal como la calidad jurídica de la conducta legalmente exigible de actuar en el proceso con probidad y el convencimiento de hallarse asistido de razón. Si se actúa con falta de cuidado, de prudencia y se causa daño, se puede generar responsabilidad por abuso de vías procesales. Actuar sin causa o motivo legítimo implica apartarse de lo que es proceder diligentemente y, más allá de la intencionalidad, si se causa un daño se debe resarcir.

Cierto es que, como dice VISINTINI (*Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1999, t. I, pág. 325), los inspiradores de los abusos procesales, de las maniobras dilatorias y los comportamientos desleales son claramente los abogados, y no obstante el afectado en una eventual condena suele ser la parte y no el defensor. Por ello parece ser acertada la legislación italiana (Art. 96 del Código de Procedimiento

Civil) que exige al juez que comunique a la autoridad disciplinaria competente las transgresiones de principios básicos de deontología profesional (abusos de procedimiento) para que éstas apliquen sanciones disciplinarias al profesional sin perjuicio de la condena civil en los clientes.

En estos casos el afectado por la indisciplina procesal podría incluso accionar civilmente en el ámbito extracontractual contra el abogado como cómplice del hecho ilícito ante los daños causados.

Como bien destaca GOZAÍN (*ob. cit.*, pág. 910) **hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercitan indebidamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes –deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades– por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación, ocasionando un perjuicio innecesario.**

En la figura del abuso en el proceso se pueden diferenciar dos facetas: a) la actuación negligente, culpable o dolosa que lleva a una intención subjetiva (*animus nocendi*). Esta es una manifestación del abuso en el proceso.

b) La elección del proceso como medio de actuar, dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción, constituyendo así una forma de abuso con el proceso.

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es subjetiva; en el siguiente, en cambio, es objetiva.

## J) Jurisprudencia

1. *El fundamento jurídico de la pretensión reparatoria del perjuicio causado por el uso abusivo de las vías procesales no debe ubicarse en el instituto del abuso de derecho sino en la transgresión del principio de la buena fe, de raíz constitucional y de recepción legal en los Arts. 5, 61 y 65 del C.G.P.. Tratándose de un supuesto de incumplimiento de una obligación legal concreta y preexistente que regula la conducta procesal de los litigantes, la naturaleza de la responsabilidad es contractual. Carece de sustento legal la existencia de la intención de perjudicar, dolo o culpa grave que se le asimile como condición de verificación de la responsabilidad de marras. El contenido de la obligación legal consiste en un comportamiento diligente o de buena fe. Quien acciona con culpa no lo hace de buena fe, porque si la deducción de la pretensión judicial se hace en forma desaprensiva, negligente, sin aplicar la diligencia de un buen padre de familia, causa perjuicio de cualquier índole al sujeto pasivo de la pretensión, el mismo debe ser resarcido.*

No resulta convincente el argumento de que, de admitirse la responsabilidad por el accionamiento culposo ello operaría como factor disuasivo del ejercicio de la acción judicial como vía eficaz de tutela de los derechos individuales. Por el contrario, los principios de autorresponsabilidad, cooperación y solidaridad social imponen a quien se siente perjudicado y lesionado en sus derechos, una ponderación razonable, ajustada al estándar de diligencia de un buen padre de familia, una valoración real, honesta y escrupulosa del derecho de que se siente asistido, y de la posibilidad de que su ejercicio inadecuado por carencia de razón o desproporción de la pretensión deducida, cause perjuicios al sujeto pasivo del accionamiento. Resultaría injusto que si la movilización del proceso judicial, con todos los inconvenientes que acarrea, impulsada en forma negligente o con ligereza culpable causa perjuicios a la contraparte, ellos no fueren indemnizables por la sola circunstancia de que el litigante no actuó dolosamente (Van Rompaey, "La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso", en A.D.C.U., t. XX, pág. 383).

La vara para medir la licitud o ilicitud de la conducta en juicio debe ser la misma que aquella con la que se miden todas las conductas, es decir, la vara de la culpa no la del dolo únicamente. En síntesis, el litigante que incumple la obligación legal de comportarse en el proceso según la buena fe, responde de los daños y perjuicios aunque no haya mala fe de su parte (Art. 1342 del C.C) es decir, que el litigante queda sujeto en sus relaciones con la contraparte a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve todo litigante asume, por el hecho de iniciarse la litis, la obligación legal de comportarse de buena fe esta obligación legal, sujeta a los litigantes a toda la diligencia y la prudencia necesaria para no causar daños inmotivados.

En resumen, proponemos no limitar la imputación a título de dolo, como sostiene cierta jurisprudencia. Este mismo criterio fue auspiciado por Peirano Facio (*Responsabilidad extracontractual*, pág. 299) quien por distintos fundamentos sostiene que los daños y perjuicios son imputables aún a título de culpa. En este mismo sentido, Eduardo Oteiza ("*Abuso de los derechos procesales en América Latina*", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n° 2/99, pág. 196). **Suprema Corte de Justicia, sentencia 171 de 18 de setiembre de 2002, en una excelente discordia del Dr. Van Rompaey, A.J.U., t. XVI, n° 23.**

~

2. Según el art. 61 del C.G.P. para que se configure el abuso de derecho en el ejercicio de las vías procesales se requiere "la mala fe o la temeridad plenamente acreditadas", conceptos que involucran una actitud intencional dirigida a causar un daño a otro, no imputables a título de culpa.

En este sentido el nuevo texto legal reafirma la postura sostenida por esta Sala al respecto con anterioridad a la vigencia del Art. 61. Esta norma establece que la condena a abonar daños y perjuicios es un agregado a la condena causídica impuesta en el proceso, en el que la conducta abusiva se configura. La expresión "además" utilizada en la norma citada es inequívoca al respecto, resultando que del texto legal referido surge que tal condenación causídica aparece como un supuesto de la condena a los daños y perjuicios perseguida en autos. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º turno, sentencia 135 de 11 de setiembre de 1997, A.J.U., t. VIII, nº 2.**

~

3. Nuestra más calificada doctrina entiende que la sanción por abuso de las vías procesales requiere la intención de perjudicar, y comentándose el art. 1321 del C.C. se sostiene que la cuestión debe plantearse en la esfera del proceso pues para que en tal ámbito exista abuso es necesario que el sujeto, en lugar de recurrir a este instrumento para lograr los fines que le son propios, persigue con el mismo la obtención de resultados desaprobados por el derecho.

Hay abuso siempre que el interés promueva el ejercicio de una vía procesal sea un interés ilícito y el acto procesal concreto no esté dirigido a la específica finalidad de actuación del derecho. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, sentencia 312 de. 8.XI.2006, AD.C.U., t. XXXVII, c. 3**

~

4. Se acudió entonces a las autoridades judiciales de modo abusivo, convocando a aquellas que no eran las competentes para conocer en esa clase de conflicto, como mecanismo de presión y de supuesta resolución más ágil de la cuestión, magnificando y distorsionando los hechos para llamar la atención sobre una situación que no revestía la gravedad que se alegaba, ni la urgencia, como forma de agredir y de obtener indebidas ventajas en su empeño para el apartamiento del actor, a quien se sometió a una investigación policial innecesaria.

Por consiguiente, se confirma la sentencia recurrida donde se condena a la demandada a abonar al demandante la cantidad de \$ 30.000 por daño moral. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, sentencia 116 de 1.VII.2006, A.D.C.U., t. XXXVII, c. 215**

~

5. La jurisprudencia nacional respecto a la responsabilidad por denuncia abusiva ha seguido dos criterios, a saber: 1) el que partiendo de un informe objetivo concluye que, para configurar responsabilidad, se requiere

la existencia de una intención dolosa o maliciosa; 2) aquel que estima que es suficiente para incurrir en responsabilidad el que se efectúe la denuncia en forma ligera, negligente, imprudente, con "culpa caracterizada". Esta última posición es la que ha asumido esta Sala en la anterior y actual integración.

La Sala ha reiteradamente sostenido que para incurrir en responsabilidad por una denuncia penal no es necesario el dolo sino que alcanza con la culpa. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sent. N° 120 de 4.V.2005, A.D.C.U., t. XXXVI, c. 4.**

~

6. Hay abuso siempre que el interés que mueva el ejercicio de la vía procesal sea un interés ilícito (en contraposición con el ordenamiento jurídico). El acto procesal concreto no está dirigido a la específica generalidad de la actuación de derecho. Consecuencia de ello es que el abuso de vías procesales sólo puede existir ante conductas intencionales no es concebible una forma culposa dado que cuando el proceso se utiliza con propósito que no concuerda con su función natural, la intención deliberada, no puede menos que existir (PEIRANO FACIO, R.D.J., t. 61, pág. 156 y Véscovi, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, n. 4 de 1981, pág. 331-332). **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, sentencia 172, de 1.IX.2004, A.D.C.U., t. XXXV, c. 2.**

~

7. A juicio de la Sala no existió de parte de la Intendencia Municipal de Colonia abuso alguno de derecho al efectuar la denuncia penal. En tal sentido, el primer agravio (pretendiendo que la justicia sea tolerante en cuanto a la prueba de la intención abusiva) es de franco rechazo; ya que, en principio, el que ejercita un derecho no daña a otro (El que usa de un derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte, art. 1321 del C.C.) y se debe ser especialmente cuidadoso en la apreciación de la prueba de la existencia del exceso ilegítimo o abuso de derecho, que debe ser malicioso o doloso.

Se coincide con la Sra. Jueza de primer grado, en ausencia de evidencia sólida de que se haya ejercido el derecho a denunciar con fines espurios. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, sentencia 147 de 26.X.99, L.J.U., t. 121 caso 13.952.**

~

8. El ejercicio de cualquier derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Doctrina y jurisprudencia civilista han pronunciado que, conforma un principio general del derecho la figura del abuso del derecho y se identifica por los límites del ejercicio del derecho subjetivo



lo que se configura desde diversos puntos de vista: a) cuando el titular los ejerce con dolo, culpa o negligencia; b) cuando lo usa de manera irrazonable, excesiva o extravagante; c) cuando lo usa sin necesidad o interés legítimo; d) o lo hace en forma irregular o agravante; e) cuando causa un perjuicio inmotivado; f) cuando tiene intención de perjudicar; g) cuando se ejerce el derecho en forma contraria a la moral, las buenas costumbres o la buena fe; h) cuando se actúa más allá de la necesidad determinada por el destino individual; i) cuando se lo desvía de los fines de la institución para los que fue conferido; j) cuando se utiliza en forma contraria al derecho natural; k) de manera que afecta la solidaridad social; l) cuando provoca un daño excesivo en relación a las consecuencias normales de su ejercicio (ver Fueyo Laneri, *Instituciones de derecho civil moderno*, pág. 292 191).

Pasando revista a las múltiples manifestaciones de este principio general expuestas precedentemente, parece claro al Tribunal que la conducta procesal de la parte demandada en las acciones judiciales iniciadas contra la demandada no se sujeta a los requisitos subjetivos o elementos intencionales que el ejercicio abusivo exige.

No puede entenderse como ejercicio abusivo de los derechos el sinalagma contractual que el arrendamiento urbano confiere al locador, la deducción de pretensión de cobro de alquileres contra el fiador durante la vigencia del plazo contractual, siendo a tales efectos irrelevante que el arrendatario hubiere desocupado el local arrendado.

El arrendador tiene derecho a percibir los alquileres pactados durante la vigencia del plazo contractual, y tal derecho no resulta paralizado por el hecho de que el locatario hubiese hecho abandono del inmueble objeto del contrato, ni tal circunstancia fáctica puede ser invocada por el fiador para eximirse de su obligación subsidiaria.

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, sentencia 234/99 del 27.X.99, L. J. U., t. 121 caso 13.914.**

~

9. Hay infracción de la buena fe cuando el titular del derecho ha creado con sus actos una situación en la que la otra parte podía confiar y después ejercita el derecho de crédito en contradicción con sus anteriores conductas. Como sostiene DIEZ PICAZO en el prólogo de la obra del jurista alemán WIEACKER (*El principio general de la buena fe*, pág. 21), la buena fe opera como un límite en el ejercicio derecho subjetivos y en su expresión en el adagio *venire contra factum proprium* se concreta en que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo

con la buena fe, había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible y contradictoria con la conducta anterior.

*A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando ésta interpretada objetivamente, según la ley y las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer un derecho o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.*

Sostiene el ilustre Morello (*Dinámica contractual*, pág. 59) que el fundamento de la doctrina estará dado en razón de que la conducta anterior ha generado —según el sentido objetivo que de ella se desprende— confianza en que, quien la ha emitido permanecerá en ella, pues lo contrario importaría la incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de interés de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen.

Sin perjuicio de la admisibilidad de la teoría del acto propio en el ámbito del derecho administrativo estima la Sala que la aplicabilidad directa de la norma del Art. 8 de la Constitución que consagra el principio de igualdad, torna innecesario el recurso a los principios generales del derecho inherentes a la persona humana o derivados de la forma republicana de gobierno, para resolver la cuestión en controversia.

La reticencia, ciertamente constituye una conducta procesal omisiva que, al no observar la carga de la respuesta categórica o efectiva contradicción, acarrea la consecuencia gravosa de la admisión de los supuestos fácticos fundantes de la pretensión que no fueron objeto de controversia en la forma requerida legalmente (Art. 130.2 C.G.P.). Como sostiene Carli (*La demanda civil*, pág. 257) las respuestas evasivas, reticentes, obrepticias, ambiguas o vagas, son formas encubiertas por el ingenio forense, protegidas y amparadas por la rutina curial, que nacen para encubrir al demandado que comienza por no cumplir con la ineludible carga procesal de reconocer o negar categóricamente los hechos pertinentes de la demanda.

Las especiales e insólitas circunstancias temporales de este accionamiento, tendiente a la recuperación de un crédito que se hizo exigible casi 20 años antes de la deducción de la pretensión, al filo de su prescripción, proporcionan con mejor ajuste a supuestos fácticos la base para la invocación de otro principio general del derecho con amplio acogimiento en el derecho alemán: la "verwinkung" (caducidad o des-eficacia).

Cabe precisar liminarmente que el hecho de que defensa no hubiere sido explícitamente opuesta por la parte demandada no impiden su consideración por el tribunal, no constreñido en este ámbito a la efectiva proposición del





principio general con eficacia extintiva de la obligación pecuniaria en cuyo cumplimiento se funda la pretensión.

Afirma DIEZ PICAZO en el prólogo referido, que la *vertwinkung* (retraso desleal), expresión del principio de la buena fe como límite del ejercicio del derecho subjetivo, impide que estos o las pretensiones que en ellos se funden, puedan ejercitarse no sólo cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibile. **Tribunal de Apelaciones Civil 5to., sentencia 29/99 de fecha 10.III.99, L. J. U., tomo 120 caso 13.722 .**

~

10. Se estima que la medida cautelar fue ejercida con abuso (artículo 1321 del C.C.) en tanto importó un uso anormal, desviado y desbordado del ejercicio del derecho, siendo de destacar que esta Sala, en la actual integración, apartándose de la posición que exige la culpa grave para que se configure abuso del proceso, entiende que el término "exceso" contenida en el artículo 1321 alude a una circunstancia puramente objetiva, que comprende no sólo el dolo sino también la culpa en sentido amplio.

Coincide la sala con el juez a quo en que el demandado podía haber utilizado otros mecanismos para la protección de los derechos de lo que se creía asistido, sin necesidad de llegar al extremo de paralizar la actividad comercial del referido negocio,

**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 69/98 de 20.IV.98, L.J.U., tomo 118, c. 13.555**

~

11. La responsabilidad civil por el desvío de vías procesales se configura, no solamente en el supuesto de actuación dolosa o gravemente culposa que tipifique abuso del derecho, sino también por violación del deber general de buena fe, de raigambre constitucional, recogido en múltiples textos del ordenamiento procesal, que puede resultar vulnerado por actividad u omisión simplemente culposa, ligera, desaparecida, negligente; posición que también se abre camino en el ámbito procesal iberoamericano (Eduardo Oteiza; "Abuso de derechos procesales en América Latina" en publicación coordinada por José Carlos Barbosa Moreira bajo el título "Abuso dos direitos processuais" Editorial Forense, Río de Janeiro, 2000 pag. 7 a 31, entre otras obras).

No existe prueba en autos que demuestre que el demandado haya incurrido en la figura del abuso de vías procesales porque, aún cuando pueda



atribuirse al demandado negligencia, estuvo siempre en las manos del actor evitar que siquiera se le causara el mínimo daño con sólo haber adoptado una conducta diligente. El principal interesado en que el embargo se levantara era el actor, por lo cual nunca pudo haber adoptado la conducta displicente de no interesarse en verificar que efectivamente se había inscripto dicho levantamiento. Si esperó más de veinte días para hacerlo, puede afirmarse que no fue diligente y no puede excusarse en su culpa y pretender que otra persona cuide sus intereses, máxime cuando no está fehacientemente acreditado que el demandado asumiera la carga de presentar el escrito del levantamiento de la media cautelar. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, sentencia 171/06 del 8.IX.06 L.J.U., t. 137, suma 137.037**

~

12. La denuncia formulada en sede policial y judicial por todos los demandados obedeció a un obrar desaprensivo, ligero y desatento de los derechos de los demás; que bastaría para tipificar responsabilidad por abuso de las vías procesales. Pero, además, esa conducta evidenció un empleo torcido de los instrumentos puestos por ordenamiento jurídico a disposición de los ciudadanos para la defensa de sus derechos e investigación de eventuales delitos: reflejó finalidad espuria y objetivo ilícito cumplidos en perjuicio de los accionantes; configurando entonces abuso de derecho en su concepción clásica, predominante en la doctrina y jurisprudencia sobre responsabilidad por el uso de las vías procesales, relativa al *animus nocendi* (intención de dañar) en la utilización dolosa o gravemente culposa de medios lícitos para la consecución de fines ilícitos (Véscovi, *La responsabilidad derivada de la actuación en juicio en el derecho uruguayo*, en *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga*, pág. 565 y 567; Gelsi Bidart, "Abuso del proceso" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n° 81 pág. 210; Angel Landoni, "El abuso de los derechos procesales" en la obra "Abuso dos direitos processais", pág. 142 a 144). (En este mismo sentido L.J.U., c. 14.585).

Como señala Enrique Véscovi el estudio histórico del proceso demuestra que siempre se ha responsabilizado al litigante que se excede en el uso de los medios que el derecho acuerda para actuar en justicia (ob. cit., pág. 549); pues desde que se ha proclamado la existencia de la regla moral rigiendo el proceso, la conducta de las partes en juicio, no puede aceptarse que el derecho a accionar en justicia pueda ser ilimitado y ejercitarse en forma caprichosa o maliciosa. Desde que proclamamos el triunfo del finalismo sobre el formalismo en el proceso, debemos contemplar este principio, diciendo que la actuación en juicio, que significa el uso de derechos subjetivos, debe realizarse de acuerdo con la finalidad que esos derechos tienen sin ánimo de dañar a los demás.



No cabe tolerar que los accionados intenten excusar su conducta en la supuesta buena fe objetiva (tutela de legítima creencia errónea) porque cuando tal creencia se origina en culpa del propio creyente, importa evadir el modelo contractual establecido por el orden jurídico, y por tanto, la buena fe queda excluida por la culpa.

Si bien la demanda de autos no abunda en la fundamentación de la temática del abuso del derecho, brinda igualmente las bases fácticas para que, en aplicación del principio *iura novit curia*, se enfoque la plataforma de hechos introducida a la luz del principio general de la buena fe y también del instituto regulado por el artículo 1321 del Código Civil. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, sentencias 150/04 de 3. XI.04, L.J.U. t. 134, 15.313.**

~

13. El fundamento jurídico de la pretensión reparatoria del perjuicio causado por el uso indebido de las vías procesales no debe ubicarse en el instituto del abuso de derecho sino en la trasgresión del principio general de la buena fe, de raíz constitucional y de recepción legal en los artículos 5, 61 y 63 del C.G.P. Tratándose de un supuesto de incumplimiento de una obligación, concreta y precisa, que regula la conducta procesal de los litigantes, la naturaleza de la responsabilidad es contractual. Carece de sustento legal la exigencia de intención de perjudicar, dolo o culpa grave que se le asimile, como condición de verificación de la responsabilidad de marras. El contenido de la obligación legal consiste en un comportamiento diligente o de buena fe. Quien acciona con culpa no lo hace de buena fe, por lo que si la deducción de pretensión judicial en forma desaprensiva, negligente, sin aplicar la diligencia de un buen padre de familia, causa perjuicios de cualquier índole al sujeto pasivo de la pretensión, el mismo debe ser resarcido.

No resulta convincente el argumento de que de admitirse la responsabilidad por el accionamiento culposo ello operaría como factor disuasivo del ejercicio de la acción judicial como acción eficaz de tutela de los derechos individuales. Por el contrario, los principios de autorresponsabilidad, cooperación y solidaridad social imponen a quien se siente lesionado o perjudicado en sus derechos e intereses una ponderación razonable, ajustada al estándar de la diligencia de un buen padre de familia, una valoración legal, honesta y escrupulosa del derecho del que se siente asistido y de que la posibilidad de su ejercicio inadecuado por carencia de razón o desproporción de la pretensión reducida, cause perjuicios al sujeto pasivo del accionamiento. Resultaría injusto que si la movilización del proceso judicial, con todos los inconvenientes que acarrea, impulsada en forma negligente o con ligereza culpable causa perjuicios a la contraparte, ello no fuera indemnizable por la

sola circunstancia de que el litigante no actuó dolosamente (*Discordia de Van Rompaey*).

Como sostuvo Jaime Greif (*"El abuso de derecho y la responsabilidad emergente en el derecho uruguayo"*, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* pág. 233) parecería razonable pensar en una evolución de nuestro derecho hacia una posición más abierta, en el sentido de recibir no sólo los supuestos de mala fe o dolo como fuente de responsabilidad por el abuso de las vías procesales. Los nuevos textos, en especial el artículo 5 y concordantes del C.G.P., han señalado la obligación de actuar, "*secundum ius*". En la apreciación del "*contra ius*" cabe pensar en el accionar ligero o culposo. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 271/02 de 18.IX.2002; L.J. U. Tomo 127 caso 14.585.**

~

14. Se estima que la medida cautelar fue ejercida con abuso (Art. 1321 del C.C.) en tanto importó un uso anormal, desviado y desbordado del ejercicio del derecho, siendo de destacar que esta Sala, en su actual integración, apartándose de la posición que exige el dolo y la culpa grave para que se configure el abuso del proceso (posición que era la de este Tribunal en su anterior integración) entiende que el término "*exceso*" contenido en el Art. 1321 del C.C. alude a una circunstancia puramente objetiva, que compromete no sólo el dolo sino también la culpa en sentido amplio. Y no hay duda que en la especie medió culpa del demandado al promover una medida cautelar que importaba el cierre del comercio como se comprobó. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de de 6to. Turno, sentencia 69/98 del 20 de abril de 1998; L.J.U., t. 118 caso 13.515.**



SECCIÓN IV  
DERECHO LABORAL

**16. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A DESPIDO**

**A) Presentación del tema**

El despido, o sea, la decisión unilateral de poner término a una relación laboral es, en principio, un acto lícito que causa un daño, también lícito, que el orden jurídico obliga a reparar de no haber mediado causa de notoria mala conducta del empleado.

Se entiende que este derecho debe ser ejercido con justa causa, o sea, con un motivo legítimo. Puede ocurrir, a modo de ejemplo, que se constate falta de rendimiento, ausentismo, falta de conocimiento técnico en la labor a realizar, etc., situaciones todas que legitiman al empresario a prescindir de un empleado dentro de lo lícito.

La doctrina y jurisprudencia, en el ámbito del derecho laboral, impusieron en nuestro derecho la vigencia de la figura del despido abusivo como complementaria a la figura del despido común, caracterizándose, precisamente, porque el ejercicio del derecho a despedir, en este caso, no se realiza de forma correcta sino al margen del fin lícito en que dicho derecho es tolerado y regulado.

En ocasiones, el despido se debe, por ejemplo, a lesiones a la libertad de pensamiento, libertad religiosa o libertad sindical del empleado y, en consecuencia, se actúa por fines ilícitos que el orden jurídico no tolera y califica de abusivos, con las consecuencias resarcitorias correspondientes.

En ocasiones, es la propia ley la que regula las consecuencias de estos despidos abusivos, con regímenes especiales, como puede ser el despido por enfermedad, o el despido por situación de embarazo.

**B) Daño e indemnización tarifada del despido**

En nuestro país, desde las leyes de 1944, rige un régimen tarifado forfaitaire de indemnización por despido que supone que el trabajador, cuando es despedido, aun con justa causa, debe recibir una



suma fija, establecida por la normativa vigente acorde a parámetros objetivos que toma en cuenta la antigüedad y el salario, con un tope máximo que establece la misma norma jurídica que, en la actualidad, se ubica en el valor correspondiente a un máximo de 6 meses, tomando en cuenta que se genera el valor de un mes de salario por cada año trabajado.

MANGARELLI - ROSEMBAUM ("El despido abusivo en el derecho uruguayo" en *Revista de Derecho Laboral*, t. XXXI, n° 151, Montevideo, 1988, pág. 516) señalan que la indemnización tarifada o forfaitaire se estableció en beneficio del trabajador ya que con ello se evitaba de esa forma la necesidad de probar la culpa del empleador y el monto del daño. Pero concomitantemente implicaba una contrapartida: la indemnización es promedial, vale decir, no repara el daño real que ocasiona el despido sino que se abona un monto fijo y preestablecido regulado según los criterios antes referidos. Los daños podrán ser inferiores a la tarifa indemnizatoria y también superiores a ella, y en ambos casos deberá abonarse la misma indemnización.

Es posible superar el monto de la indemnización tarifada en la medida en que el despido no haya ocurrido dentro de lo lícito sino que haya sido abusivo.

### C) Despido abusivo en la doctrina

DE FERRARI (*Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1969, t. II, pág. 432) considera que la figura del despido abusivo corresponde cuando media falta de preaviso y existe una ruptura abusiva del contrato, causándose más perjuicios que lo razonable. La indemnización por falta de preaviso tiende a resarcir los daños provenientes de la ruptura brusca del contrato y la indemnización por despido abusivo reparará el daño que provocó el abuso o culpa del empleador. Para el autor citado (*ob. cit.*, pág. 431), la indemnización por despido abusivo repara el daño que provoca el abuso o la culpa del empleador. Entiende que la indemnización por despido abusivo es procedente cuando existe culpa o falta del patrono, mientras que la indemnización por despido común se origina aún cuando ella no se verifique.

BARBAGELATA (*Derecho del trabajo*, Montevideo, 1977, pág. 361) entiende que existe despido abusivo cuando el mismo es ilícito por sus móviles, por contrariar una regla de derecho, las buenas costumbres, el orden público, o por ser discriminatorio, o cuando se acompaña de circunstancias que implican un comportamiento ilícito, o cuando las conductas ilícitas son el antecedente inmediato del despido, o cuando el despido opera en oportunidad de haber un ejercicio abusivo de la facultad de despedir.

GIANOLA y ANUAR FRANCES ("La naturaleza contractual de la responsabilidad por despido ilícito", *Revista de Derecho Laboral*, nº 112, t. XXI) considera que el despido es un derecho y por tanto exige ser ejercido de forma responsable. Siempre que en el ejercicio de este derecho se actúe con imprudencia, descuido, contra el fin social y sin un motivo serio y legítimo, se está configurando un despido abusivo aun cuando no haya intención de dañar. Por lo expuesto, lo que define el surgimiento de la responsabilidad es la naturaleza del acto patronal y no los daños que éste genere.

Por su parte, HERMIDA URIARTE ("El concepto de despido abusivo", en *Revista de Derecho Laboral*, Nº 135, t. XXVII, pág. 509) efectúa un análisis del concepto de despido abusivo partiendo de la discusión de la existencia o no de un derecho patronal a despedir. Si bien en nuestro país existe la convicción de que el empleador goza de la facultad de despedir, lo cierto es que la técnica del abuso de derecho es una tendencia a limitar esta facultad ya que se la sujeta a ciertos límites que, cuando son sobrepasados y causan un daño, obligan a su íntegra reparación. Para este autor, el abuso de derecho sería una excepción de la excepción porque, la regla general es que todo daño debe ser reparado. La excepción a ello es que el daño haya sido causado en ejercicio de un derecho, y la excepción a la excepción es que ese derecho haya sido ejercido con exceso o abuso y, en ese caso, el daño sí debe ser reparado. El abuso del derecho a despedir se daría cuando se sobrepasan los límites internos propios de este derecho para cuya determinación serían aplicables los principios de buena fe y de justa causa.

No sólo es abusivo el despido que tiene causa ilícita, aunque no esté dirigido a causar daño, sino también el que obedece a una causa aparentemente lícita, pero que se cumple con intención de dañar. En este sentido MANTERO ("El abuso del derecho de despedir en el derecho uruguayo" en *Revista de Derecho Laboral*, t. XV, pág. 400), entiende que en el primer caso se incluyen los despidos basados en la persecución sindical, en la exigencia por parte del trabajador de que se cumplan las normas laborales y en motivos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. En el segundo caso se menciona como ejemplo el despido publicitado, de modo de dificultar la próxima colocación del trabajador.

Para PÉREZ DEL CASTILLO (*Manual práctico de normas laborales*, Montevideo, 2006, pág. 158), el despido es abusivo en la medida en que hay una situación de violación grosera, un uso realmente desme-



dido, inmotivado u obedeciendo a móviles extralaborales. Con diferentes integraciones, la Suprema Corte de Justicia ha reiterado que el despido abusivo debe quedar reservado a situaciones de abuso flagrante, notorio, del derecho de despedir que nuestro ordenamiento legal otorga al patrón. El concepto de despido abusivo se aplica a situaciones en las cuales no se prueban fines lícitos y la única finalidad visible es un daño previsible.

Para que el despido abusivo se configure es menester que haya un apartamiento visible en la instauración o en la finalidad del acto que importe una grave separación o apartamiento de un estándar de normalidad. El empleador tiene la facultad derivada del poder de dirección de poner término en cualquier momento a la relación de trabajo, pero salvo los casos de notoria mala conducta, debe pagar la indemnización respectiva. Pero para que el patrono esté obligado al pago de daños y perjuicios originados en la ruptura abusiva del contrato de trabajo es necesario que exista por su parte una actitud particularmente censurable e ilícita.

El autor citado destaca que el carácter abusivo del despido aparece en la finalidad (objetiva).

MANGARELLI - ROSEBAUM - RIMOLO (*ob. cit.*, pág. 520) entienden que debe cuestionarse la existencia del derecho a despedir del empleador pues el patrón tiene el deber de mantener el empleo del trabajador, lo que equivale a no despedirlo sin justa causa. Si el empleador viola esta obligación, esto es, si despide sin justa causa, la consecuencia de ello es que debe abonar la indemnización tarifada por despido. Consideran que la indemnización tarifada forfaitaire tiene un alcance limitado pues cubre solamente el daño moral y material que ocasiona la pérdida del empleo. En otros términos, reparar el daño moral y material derivado de la violación del deber del empleador de no despedir sin justa causa.

Pero para reclamar una indemnización por daño moral o material por sobre la tarifada, es necesario que exista un incumplimiento del empleador, un hecho ilícito distinto del incumplimiento de su deber de conservar el empleo del trabajador.

#### **D) Despido abusivo y daño moral**

Señala PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 161) que en la práctica separar la reclamación por despido abusivo de la reclamación por daño moral. Este último es el perjuicio que no tiene un contenido patrimonial, y significa afectar gravemente la personalidad con un



sufrimiento o dolor fácilmente evaluable. Los casos de despido abusivo suelen incluir un componente de daño moral, pero éste puede provocarse aunque no exista despido y, a la inversa, pueden darse casos de despido abusivo que no traigan consigo daño moral de ninguna especie.

Para MANGARELLI - ROSEMBAUM - RIMOLO (*ob. cit.*, pág. 520) respecto al daño moral cabe señalar que en muchas ocasiones pueden distinguirse actos diferentes del despido, anteriores, simultáneos o posteriores a él que lesionan al trabajador. Pero también existen situaciones en que no existen actos diferentes al despido sino que es el propio despido el que lesiona al trabajador.

En el primer caso, corresponde que los daños derivados de actos diferenciables del despido sean reparados de conformidad con las normas aplicables del derecho común. En el segundo supuesto, siendo el mismo despido el que causa el daño moral, para determinar cuándo dicho perjuicio queda cubierto por la indemnización tarifada y cuándo es reparable por sobre aquella, resulta necesario realizar una distinción previa.

Si el daño moral es el que se produce por la pérdida del empleo, aunque sea de entidad aún mayor que el que corrientemente causa el despido, queda comprendido en la indemnización tarifada. En cambio, si existe un daño moral provocado por otro incumplimiento o hecho ilícito distinto al daño derivado de la pérdida del empleo, entonces resultará procedente la indemnización del derecho común.

#### **E) El despido sin causa ¿es un despido abusivo?**

Como señala PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 1619, no todo despido sin causa es abuso de derecho. Pero ¿en todos los casos es necesaria la justa causa para despedir o sólo lo es cuando no se quiera pagar la indemnización tarifada? Con frecuencia, continúa el autor, entre nosotros se utilizó "justa causa" como sinónimo de "notoria mala conducta".

Los jueces analizan si existe una causa o fundamento razonable para la conducta patronal y cuando advierten que la hay, que el motivo es comprensible, descartan la indemnización por despido abusivo.

El autor citado (*ob. cit.*, pág. 162), señala que el despido es injusto en cuando provoca daño por ello siempre da lugar al pago de la indemnización tarifada. Pero cuando es especialmente injustificado, cuando el daño que provoca deja de quedar encuadrado dentro de la

figura civilista del daño lícito para ser directamente un daño ilícito, nos introducimos directamente en el campo del despido abusivo, es decir, de la reparación especial al margen de la tarifada.

En definitiva, para que se configure el despido abusivo es necesario que el poder disciplinario de la empresa o del empleador se ejerza por causas o motivos no laborales, y que sus móviles sean ajenos a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; es necesario que exista una desviación grave, una conducta particularmente injusta y lesiva por parte del empresario.

Se ha discutido, en otro orden, si el despido abusivo se puede configurar a través del despido indirecto, esto es, que el despido abusivo sólo sería compatible con la existencia de despido expreso. En realidad, es despido tanto el directo como el indirecto, y puede haber despido abusivo tanto en un caso como en el otro.

**F) Acumulación de la indemnización por despido común, en especial o ficto a la indemnización derivada del despido abusivo**

El tema ha sido tratado por la Suprema Corte de Justicia sosteniendo que la circunstancia de que la demandada haya sido condenada a abonarle a la accionante una indemnización por concepto de daño moral a causa de los carteles que se colocaron en el local de la misma, donde se declaraba persona no grata a la accionante, no enerva la condena impuesta por despido abusivo ya que ambas condenas responden a hechos ilícitos distintos.

**G) Conclusiones**

Entendemos que existe un derecho a despedir y que, por tanto, si el mismo se ejerce en forma correcta se causa un daño lícito que, no obstante, debe ser reparado en los términos que la ley establece.

Puede ocurrir que el mismo se ejerza en forma abusiva y por tanto ilícita y, en consecuencia, haya que pagar el resarcimiento de daños complementario.

El despido, cualquiera sea su modalidad –directo o indirecto– puede ser abusivo. El despido abusivo debe ser resarcido por los daños que ya suponía el despido tarifado más el daño causado por el hecho ilícito de la abusividad.

En este caso, el despido deja de ser lícito y pasa a ser ilícito, debiéndose justificar en forma global el daño causado por este acto ilícito.



No es exacto pretender que se acumule lo lícito con lo ilícito pues, en definitiva, la existencia de ilicitud es la que predomina y el daño debe ser resarcido conforme a esta ilicitud o abusividad y no por lo lícito o forfataire que pudiera haber habido.

## H) Jurisprudencia

1. Sobre el punto la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en numerosos fallos sosteniendo que sólo cabe aceptar la procedencia de la figura del abuso en el derecho de despedir cuando la ruptura del vínculo laboral obedece a móviles ajenos a la relación de trabajo. Así, en sentencia 48/94 se sostuvo: el despido no es abusivo en la medida en que no hay una situación de violación grosera, inmotivada o provocada por móviles extralaborales lo que, de existir, sí admitiría la admisión de una pretensión de ese contenido. En consecuencia, el despido abusivo debe quedar limitado a una situación de abuso flagrante, notorio, del derecho de despedir que nuestra legislación laboral otorga al patrono (Francisco de Ferrari, Lecciones de derecho laboral, t. II, pág. 511; Américo Plá Rodríguez, Los principios del derecho del trabajo, pág. 162). **Suprema Corte de Justicia, sentencia 185 de 4 de setiembre de 1998, .A.J.U., t. XI, n° 41**

~

2. No se advierten razones para que la Justicia Laboral se sustraiga a hacer valer el art. 1321 del C.C. que consagra la responsabilidad por exceso en los poderes jurídicos emergentes del derecho que se ejercita —no del derecho, como suele decirse, que no puede haberlo— el que no obstante su errónea ubicación y formulación en el Código Civil, consagra un principio general del derecho por lo que, en rigor, debe tenerse como integrado al título preliminar del Código Civil que —para decirlo con palabras de Portalis— es el prolegómeno de todos los Códigos.

En la especie, para determinar si se configuró abuso de derecho en cuanto a la facultad patronal de despedir a sus empleados por parte de la empresa Z.Z., debe partirse del material de hecho seleccionado por el órgano de alzada. Que se haya configurado despido indirecto no significa, necesariamente, que exista despido abusivo. En el caso el despido no se efectuó con intención de perjudicar a los trabajadores ni fue particularmente chocante ni arbitraria. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 50 de 20 de octubre de 1993, A.J.U., t. I, N° 1.**

~

3. Sobre el concepto de despido abusivo ha dicho De Ferrari (Derecho de trabajo, buenos Aires, 1969, t. II, pág. 431 y ss.) que la indemnización por despido abusivo es procedente cuando existe culpa o falta del patrono.



Plá Rodríguez ("*Superación de las indemnizaciones tarifadas*" en volumen en homenaje a Mosart Rusomano, Bogotá, 1985, pág. 358), señala que se verifica una hipótesis de despido abusivo cuando existe una particular antijuridicidad en el despido, ya sea por los motivos que lo determinan, por la forma en que se produjo o por su resonancia.

El despido puede ser abusivo no solamente por causa ilícita o abusiva sino también por obedecer a una causa aparentemente lícita pero que se cumple con intención de dañar.

Se admite con carácter general que todo despido causa un daño al trabajador. Pero la teoría del abuso de derecho —y para quienes admiten su aplicabilidad al despido— este daño sólo dará mérito a una indemnización especial por daños y perjuicios cuando no hayan sido provocados en el ejercicio normal de la facultad o derecho de despedir sino excediendo los límites de tal potestad.

En definitiva, la teoría del abuso de derecho indica como abusivos aquellos despidos dispuestos sin justa causa (sin motivo justificante, sin causa real y seria) y/o con mala fe.

Para la Suprema Corte de Justicia existe despido abusivo cuando el mismo obedece a una causa antijurídica como es el ataque a la libertad sindical. El despido sindical constituye una especie de despido abusivo en tanto se asocia a la voluntad unilateral del empleador de romper el vínculo laboral como instrumento para combatir el legítimo ejercicio de la actividad sindical del trabajador. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 283 de 18 de septiembre de 2002; L.J.U., t. 127, suma 127.061.**

~

4. El Art. 1321 del C.Civil consagra un principio general del derecho: la responsabilidad por exceso de los poderes jurídicos emergentes del derecho subjetivo que se ejercita.

No existe razón jurídicamente válida que obligue a limitar el abuso del derecho únicamente al ámbito extracontractual. Puesto que también el ejercicio de facultades convencionales puede comprometer la responsabilidad de quien, excediéndose innecesaria o injustamente, esto es, sin que exista una motivación racional, daña al cocontratante.

Se considera abusivo el ejercicio del ius variando por el que la demanda modificó las condiciones de trabajo del actor relegándolo de un puesto de jerarquía a un cargo sin mayor relevancia, intempestivamente, ya que la decisión se tomó justo cuando se organizan los cursos y sobre inicio del año lectivo, lo que exhibe un propósito lesivo.

No se advierten razones para que la justicia laboral se sustraiga a hacer valer el Art. 1321 del código civil que consagra la responsabilidad por exceso



*en los poderes jurídicos emergentes del derecho subjetivo que se ejercita no del derecho, como suele decirse, que no puede haberlo, el que, no obstante su errónea ubicación y formulación en el código civil, consagra un principio general del derecho, por lo que en rigor, debe tenerse como integrando el "Título preliminar del Código Civil" que para decirlo con las palabras de Portalis - es el prolegómeno de todos los códigos.*

*Lejos de ser absolutos, todos los derechos son relativos; hay en cada uno de ellos, al lado de un elemento individual, un elemento social; la ley no tiene tanto por fin asegurar el triunfo de la libertad individual, como permitir la vida en sociedad.*

*Siguiendo al profesor De Ferrari (Derecho del trabajo, t. II, pág. 435 el patrón puede concurrir a dos clases arbitrariedades a rescindir el contrato de trabajo. Una afecta a la forma y otra al fondo del derecho de rescindir ad nitum el compromiso. El patrón abusa de su derecho cuando no anuncia con anticipación su propósito de prescindir de los servicios de su colaborador. Pero incurre en un nuevo abuso cuando, aun anunciando el despido, no posee en cambio, una justa causa o un legítimo motivo para licenciar a su empleado.*

*La Suprema Corte concluye diciendo que el abuso derecho no es hoy una teoría civilista, sino que es ya uno de los principios fundamentales del derecho, aplicable en todas las ramas (civil, comercial, administrativa, procesal, etc.) ya que los derechos absolutos deben considerarse siempre excepcionales. **Suprema Corte de Justicia, Sentencia de 29 de noviembre de 1989, L.J.U., t. 101. c. 11.519.***

~

*5. Quien infringe el deber de ejecutar el contrato de buena fe, excediéndose en el ejercicio de su derecho subjetivo a despedir y causa por ello un daño, debe responder por el mismo más allá de la indemnización tarifada.*

*El despido abusivo, como abusivo que es, se identifica con la previsión del Art. 1321 del C.C., norma de carácter general, que, como afirman sin hesitaciones doctrina y jurisprudencia vernáculas, se aplica tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como la contractual.*

*El Tribunal adhiere a la tesis que considera al abuso de derecho una conducta ilícita por parte del agente antes que culposa o dolosa; como corolario lógico de lo expresado puede incurrirse en abuso toda vez que el accionar del sujeto sea objetivamente ilícito aun cuando no necesariamente culpable. El despido, pues, como acto en sí mismo lícito, puede convertirse en ilícito cuando media exceso en el ejercicio por parte del empleador.*

*No debe perderse de vista que no existe responsabilidad por despido abusivo con independencia del hecho ilícito del despido, debido a que el des-*



pedido abusivo ya es un hecho ilícito. En otros términos: no hay dos abusos de derecho que generan responsabilidades independientes, sino un abuso del derecho de despedir que emerge concurrentemente de la ilicitud del motivo que normativamente se activa como tal por falta de justa causa.

La ilicitud que proclama el tribunal como fundamento del abuso de derecho, se configura en circunstancias como la de autos, bien porque el agente actuó de mala fe, transgrediendo la normativa del Art. 1291 del Código Civil, bien animado por móviles espurios, es decir, sin justa causa. Del mismo modo supone un claro ejemplo de abuso de derecho a despedir, la exoneración de un empleado en razones de actos que, por su entidad, no meritaban semejante sanción.

Existe abuso de derecho cuando éste se ejerce sobrepasando los límites internos o propios, para definir los cuales la moderna doctrina maneja preponderantemente dos criterios fundamentales: el de la buena fe y, especialmente, el de la justa causa. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, sentencia 130/03 de 12.III.03, L.J.U., t. 128 suma 128.062**

~

6. En esencia la abusividad despidual supone la configuración de una situación de abuso flagrante, notorio, sin que sea suficiente que el despido aparezca meramente injustificado, correspondiendo al trabajador la prueba de que existió dolo, culpa o negligencia; causa ilícita, mala intención y ánimo de dañar al empleado. No se requiere motivo para que el empleador decida la rescisión contractual; siempre que él abone la indemnización tarifaria; el inevitable daño que produce un quiebre del vínculo laboral se compensa según la ley con el pago de una indemnización tarifada; cuando se invoca que el real motivo de la decisión de despedir es la reducción del personal y no se prueba otra causal, ello excluye que se hubiera violado la buena fe invocada por la promotora para pretender indemnización por despido abusivo. **Tribunal de Apelaciones del Trabajo, 1ª. Instancia, sentencia 65 de 30.III.2006; Anuario de Jurisprudencia Laboral, 2006, caso 135.**

~

7. El despido no es abusivo en la medida que no hay una situación de violación grosera, inmotivada, provocada por móviles extralaborales. La proveyente estima que no se demostró una actitud ilícita del patrón que probara que el cese del trabajador fue dispuesto abusivamente. Que se pueda afirmar que fue injusto no es lo mismo que despido abusivo. **Juzgado Letrado de Trabajo 4to. Turno, sentencia 69 de 26.VIII.2005, A.J. L. 2005 caso 208.**

## 17. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE HUELGA

### A) Presentación del tema

Otra de las formas de abuso en el derecho laboral la tenemos en el abuso que se puede causar al ejercer del derecho de huelga. Aquí se trata de un derecho del trabajador con relación a la empresa en que trabaja y este derecho, como todos los otros, no es absoluto y debe ejercerse dentro de ciertos límites. El ejercicio de este derecho es en principio lícito e incluso con respaldo constitucional. En este sentido, el art. 57 inciso 3º de la Constitución prevé que la **huelga es un derecho gremial**. Sobre esta base se reglamenta su ejercicio y efectividad.

### B) Concepto de huelga

Se concreta en abstención o el abandono colectivo y temporal del trabajo realizado por el trabajador para respaldar una reivindicación laboral sin presencia en el lugar de trabajo.

COUTURE, PLÁ (*La huelga en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1951, pág. 81) sostuvieron que, si bien el orden jurídica nacional no da ninguna definición ni caracterización legal para que exista el derecho de huelga, lo cierto es que el mismo parte de la base de que se configuran tres requisitos: a) la omisión de prestar trabajo; b) la voluntad de dar a esta omisión el significado de una reclamación o protesta; y c) el carácter colectivo del hecho.

Se consideran formas de huelga el paro, que se caracteriza por la brevedad de su duración, y porque se realiza en los lugares de trabajo.

La huelga exige ausencia del lugar de trabajo con ausencia o abstención total de la prestación laboral para reivindicaciones laborales, profesionales, sin contenido político, con el destino material de la protección del trabajador y sólo puede ser declarada por una asociación sindical (art. 57 de la Constitución).

La abstención colectiva temporal del trabajo como medida de reclamo de una exigencia laboral (política) conforma una huelga. Esta medida es un derecho del trabajador que, como vimos, está consagrada en la Constitución pero, como todo derecho, para ser ejercido se debe evitar incurrir en abusos.

El paro es una forma de huelga caracterizada por permanecer en el lugar de trabajo y por la brevedad de la medida. La función de la huelga está en lograr presión u opresión para imponer un criterio o

lograr beneficios que por otro lado no se obtendrían. La huelga no es un derecho absoluto sino que, como todo derecho subjetivo es relativo y limitado a que se ejerza dentro de los fines para los que fue reconocido, lo que depende de su justificación en el proceder.

El Art. 1 de la ley 15.530 de 27 de marzo de 1984, circunscribía la huelga a la actividad privada (artículo 1) y en el art. 2 se definía como la suspensión colectiva concertada y continuada del trabajo con abandono de los lugares de labor y fundada en una reclamación profesional que afecta directa y colectivamente a los trabajadores de una empresa o sector. Luego esta ley se declaró nula por la ley 15.738 de 13 de marzo de 1985.

DURÁN MARTÍNEZ (*Casos de derecho administrativo*, t. V, Montevideo, 2007, pág. 246), alude a la vigencia del art. 32 del decreto 622/73 del 1º de agosto de 1973, del que se puede deducir una definición implícita al ordenarse que: "La huelga se hará efectiva mediante la suspensión colectiva del trabajo adoptada con carácter continuo o temporario, por una reclamación de naturaleza profesional formulada por los trabajadores".

Ocurre que este decreto fue dejado sin efecto por la ley 15.530 y ésta, como se dijo, a su vez, dejada sin efecto por la ley 15.738.

PÉREZ DEL CASTILLO (*El derecho de huelga*, Montevideo, 1993, pág. 19) identifica a la huelga con cuatro elementos: a) abstención transitoria de prestar servicios laborales. Ello abarca el trabajo a desgano, el trabajo a reglamento y todo lo que importe apartarse de las obligaciones laborales. Debe tratarse de una detención transitoria, o sea, con la intención de proseguir y no de cortar definitivamente la relación de trabajo; b) debe tratarse de una abstención concertada, o sea, declarada por la organización sindical; c) debe ser una medida colectiva, o sea, planteada por un grupo de trabajadores. No se requiere un número determinado pero sí la mayoría para adoptar una medida tan delicada; d) que se invoque un interés profesional.

Con acierto el autor citado (ob. cit., pág. 36, nota 49) destaca que en el derecho en ciertos casos se admite la fuerza pero no la violencia. La fuerza es legítima cuando responde a un fin del derecho. Si ello no es así, esta fuerza se convierte en violencia y en cuanto tal, ilegítima. La huelga tiene razón de ser cuando responde a un uso adecuado y cumple el rol asignado por la sociedad y, en cuanto tal, puede ser fuerza legítima y no violencia ilegítima.

Como bien lo señala PÉREZ DEL CASTILLO (*Derecho de huelga*, Montevideo, 1993), la huelga tiene razón de ser cuando se hace un uso





adecuado y cumple el rol asignado en la sociedad. Los daños que produce la necesidad de velar por un sistema sano de relaciones de trabajo, impone la necesidad de hacerla compatible con otros instrumentos útiles y con el respeto de otros derechos también tutelados.

HERMIDA URIARTE (*Apuntes sobre la huelga*, Montevideo, 1936, pág. 42), a partir del concepto de COUTURE y PLÁ, considera que la huelga requiere omisión de trabajar dando a esta omisión el significado de reclamación o protesta de carácter colectivo. Aclara que la omisión de trabajar puede suponer omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo. En mérito a este criterio se llega a admitir, para este autor, la ocupación como una forma de huelga.

### C) Régimen jurídico de la huelga

Este derecho, como ya vimos, está regulado principalmente en el artículo 57 de la Constitución que se introduce en la reforma del año 1934.

En otro orden, el artículo 165 del Código Penal regula el abandono colectivo de funciones y servicios públicos de necesidad o utilidad pública: "los funcionarios públicos que abandonaren colectivamente la función, en número no menor de cinco, con menoscabo de su continuidad o regularidad, serán castigados con pena de tres a dieciocho meses de prisión".

Por otra parte, en la ley 13.720 (ley COPRIN, Comisión de Productividad Precios e Ingresos), se señala en el art. 3: "Son cometidos principales de la comisión: f) actuar como órgano de conciliación respecto de situaciones conflictuales colectivas de carácter laboral que le sean planteadas. Ninguna medida de huelga o lock out será considerada lícita si el problema que la origina y la decisión de recurrir a tales medidas no han sido planteadas con no menos de siete días de anticipación a la comisión".

"Art. 4. Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser aplicación el régimen de los dos últimos incisos del artículo anterior, la comisión podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación, los servicios esenciales que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el lock out en su caso".

Mucho se ha discutido en nuestra doctrina cuáles son las consecuencias de transgredir esta ley teniendo en cuenta que este tema no está regulado en el mismo texto normativo.



PLÁ RODRÍGUEZ ("Huelga y lock out no comunicados a COPRIN" en *Revista de Derecho Laboral* t. 99 pág. 349) consideró que la falta de una sanción expresa prevista sólo puede tener como consecuencia la ausencia de una sanción aplicable. Si el legislador no estipuló sanción, el juez no puede establecerla. Considera relevante el redactor de la ley pudo haberlas impuesto y no lo hizo, habiéndolas establecido sí por violación de otras obligaciones.

Con acierto, PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 152) entiende que no es posible sostener que la omisión de los procedimientos previos para llegar a una medida de lucha sean indiferentes. Cuando una ley impone deberes, es irrelevante que no establezca simultáneamente las sanciones para el incumplimiento. Existen normas que atienden, con carácter general, la inobservancia de mandatos legales, impidiendo afirmar la intrascendencia absoluta. La invocación del principio de que no hay pena sin norma que la establezca es, en este caso, inaplicable, porque tiene su ámbito en la materia penal y es un aforismo incompleto, ya que exactamente se formula diciendo, como lo señala el propio autor, "no hay crimen ni pena sin previa ley penal".

En el ámbito la responsabilidad civil, y por ende también laboral, la violación de una norma de orden público o la lesión de un derecho ajeno, se reparan de acuerdo con criterios generales que imponen la nulidad del acto o en su caso, la indemnización de los daños producidos como forma de ejecución por equivalente, cuando la ejecución in natura no es factible.

Importa destacar que la Constitución no sólo tutela el derecho de huelga del que entiende conveniente detener sus tareas como expresión de disconformidad y perder un salario, sino que también tutela el derecho de los otros operarios a trabajar, el derecho a la propiedad (art. 32), el derecho a la libre empresa (art. 36).

La huelga no es un derecho absoluto sino que debe coexistir y armonizarse con el respeto de los demás derechos. Con acierto Plá Rodríguez (Curso de derecho laboral, t. IV, pág. 59) nos recuerda que los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás

#### D) Licitud e ilicitud de la huelga

La huelga como tal, en todo caso, debe ser calificada y determinarse si se actuó dentro de lo lícito y justificado o dentro de lo ilícito o abusivo.



Por principio, el ejercicio del derecho de huelga implica un acto lícito y los daños que se puedan llegar a causar son igualmente lícitos. La huelga será lícita una vez que tengamos en cuenta su motivación y el respeto de las exigencias formales.

Se está ante un derecho constitucionalmente protegido, cuyo ejercicio puede causar daños lícitos o ilícitos según la forma en que es utilizado. Cuando es lícito afecta al sistema productivo y, además, la fuente de trabajo para las minorías disidentes a la huelga.

La huelga se realiza para presionar al empresario en la toma de decisiones y, al configurar una omisión en la prestación del servicio, ello causa daños al empleador y, en ocasiones, además, perjuicios a la misma comunidad. Tal lo que ocurre cuando se dan los tan famosos paros en el transporte.

La **huelga ilegal**, como bien lo señala PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 317) es aquella contraria a las leyes y reglamentos; por ejemplo será ilegal una huelga que no cumpla con los requisitos de procedimiento establecidos legalmente para declararla.

**No es ilícita sólo la huelga ilegal. Lo es también aquella que, sin contrariar textos legales, colide con principios jurídicos, con el orden público, la buena fe y las buenas costumbres.**

O sea, la huelga ilícita o abusiva es aquella que, no obstante haberse respetado las formalidades responde a un fin injustificado, desproporcionado, falso, que colide con la buena fe, el orden público o las buenas costumbres.

Lo ilícito parte no de la titularidad del derecho sino de la forma como éste se ejerce. La huelga es por naturaleza un derecho subjetivo y colectivo y en cuanto tal está sujeto a límites que refieren especialmente a la forma en que se ejerce y al fin en que se fundamenta su ejercicio.

El ejercicio del derecho huelga y el límite con lo abusivo están marcados por **límites internos y externos**.

Los **límites externos** derivan de normas reguladoras del derecho de huelga a que ya hemos referido y los límites internos aluden a los fines a que debe apuntar la huelga.

Los límites externos refieren al respeto de la normativa prevista para su ejercicio o bien la que establece límites en la titularidad por considerarse que la actividad responde a servicios especiales. Así, por ejemplo, las fuerzas armadas y la policía, por el Convenio Internacional de Trabajo, en su artículo 9, en principio no estarían fa-

cultadas para ejercer este derecho. Otra causa de ilegitimidad tiene relación con las conductas que se asumen durante la huelga, lesionando o afectando, por ejemplo, la propiedad, lo que no es propio del derecho de huelga.

Los **límites internos** aluden a la forma de proceder en relación al fin perseguido, debiendo ser profesional (laboral) quedando excluidos, como lo destaca PÉREZ DEL CASTILLO (ob. cit., pág. 327) las huelgas políticas o de solidaridad con otros gremios. Si el fin es fallido, falso o sólo con intención de dañar, se puede estar ante una hipótesis clara de ejercicio abusivo del derecho de huelga.

En estos casos entramos en el ámbito del ejercicio abusivo del derecho de huelga. Puede ocurrir que el abuso quede de manifiesto por existir instancias de particular gravedad, o bien que se esté causando un daño exorbitante o anormal, tanto a la empresa como a la misma sociedad.

El ejercicio abusivo del derecho de huelga se llega cuando se constatan daños injustificados o se advierte que el fin fue sólo el daño o la venganza personal. Aquí el fin está lejos de ubicarse en lograr presión para una determinada reivindicación laboral.

La vigencia del deber de actuar de buena fe no cae porque se suspenda temporalmente la gestión laboral pues la relación laboral no cae por ello. El deber de actuar de buena fe exige un proceder legal, colaborativo, un "juego limpio" en lo que implica actuar por la defensa de lo que se entiende de justicia.

La huelga no es siempre una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, pues en muchos casos no es un hecho imprevisible, no irresistible, ni exterior.

#### E) Daños causados por la huelga

ZAVALA DE GONZÁLEZ ("Daño colectivo" en la obra *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1989, pág. 440) entiende que según los casos el daño que se causó con la huelga puede ser individual y colectivo o difuso (por ejemplo, la huelga de transporte que daña a toda una comunidad concreta). El daño colectivo no excluye el daño individual y la relevancia que éste pueda tener en el caso de ser ilícito y estar relacionado causalmente con un daño resarcible.

**Los daños que se causan con la huelga pueden ser normales, anormales o desmedidos; intencionales o ilícitos.**

El derecho de huelga ejercido correctamente y legalmente, aunque cause daños, no genera responsabilidad pues estos perjuicios



se entienden justificados en la reclamación seria y veraz que se plantea.

Como ya dijéramos todo derecho o libertad no es absoluto y debe ejercerse dentro de límites. En primer lugar, debe respetarse la libertad dentro de los que toman la decisión; en ciertos casos debe respetarse la salud de los involucrados; la seguridad... pudiendo, incluso, según los casos, llegar a declararse como servicio esencial e imponerse el trabajo y suprimirse por razones de interés general este derecho.

Un daño anormal en el ejercicio del derecho huelga es el que se causa, por ejemplo, usando las máquinas productivas en beneficio propio o del tercero sin autorización del propietario. Aquí el ejercicio abusivo del derecho huelga lesiona el derecho de propiedad del empresario.

A la hora de analizar los fines que justifican el derecho de huelga, el tema se complica un tanto pues aquí tenemos quienes interpretan que estos fines deben concretarse en reivindicaciones laborales y otros que entienden que es posible reivindicar ideas políticas, económicas y sociales con carácter general.

Como bien señala PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 129 y 181), en todo caso debemos ponderar la índole de los perjuicios causados, exigiéndose en todo caso la proporcionalidad con los motivos.

El abuso en el ejercicio del derecho de huelga aparece cuando existen circunstancias excepcionales de gravedad y un perjuicio exorbitante, verdaderamente anormal, respecto del fin mismo de la huelga, o una intención de desorganizar gravemente, o causar daños injustamente. Corresponde destacar que algunas huelgas son abusivas no tanto por la intención de dañar sino por el resultado dañoso o especialmente desproporcionado de la medida. Debe tratarse de daños manifiestamente excepcionales o perseguidos a través de conductas contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres.

**La huelga no puede traer consigo la destrucción de la capacidad productiva de la empresa y cuando se comienza a socavar esa base es evidente que la huelga deviene ilícita.**

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ("Daños y perjuicios causados por la huelga", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, nº 28, pág. 156 y ss.), entiende que **los daños causados por la huelga antijurídica o ilegal deben ser reparados pues, en este ámbito, de no ocurrir así, existirían "dañadores privilegiados"**. El sujeto pasivo es el sindicato que declaró y causó esa huelga. Los huelguistas que actuaron y causaron daños como cóm-

plices del ilícito, también pueden verse comprometidos en su responsabilidad personal.

#### F) El derecho de propiedad, la huelga y las ocupaciones

El derecho de huelga no puede transgredir el derecho a la propiedad, realizándose ocupaciones "sine die", incluso existiendo en este tiempo uso de la maquinaria de los establecimientos. En estos casos se estaría ante una huelga ilícita, pasible de responsabilidad. Existe incluso el riesgo de poder incurrir en el delito de usurpación previsto en los arts. 354 del C.P. y art. 82 del Decreto Ley 14.219 en materia de arrendamientos urbanos.

Cierta corriente laboralista sostuvo que la ocupación es una forma típica del derecho de huelga (URIARTE, "Ocupación de los lugares de trabajo y desocupación", *Anales del Foro*, nº 65 y 66; URIARTE, RASO, DELGUE, "El derecho vigente en materia de huelga", *Revista de Derecho Laboral*, nº 137 pág. 128).

En criterio que se comparte, RISSO FERRAND ("Las ocupaciones en los lugares de trabajo", en *Estudios Jurídicos*, Montevideo, 2006, pág. 267) entiende que el problema de las ocupaciones no está en si ellas son prolongaciones del derecho de huelga o no (que no lo son) sino en determinar hasta dónde llega el derecho, o si se quiere, dónde termina. Están en juego iguales derechos constitucionales: el derecho a la propiedad y a la libre empresa; el derecho al trabajo de los no adherentes y el derecho a la huelga propiamente tal.

**Es necesario determinar cómo se puede armonizar estos derechos.** Ejerciendo el derecho de huelga no se puede incurrir en violencia; en apropiación indebida; en usurpación por una especie de expropiación. No es pensable que en el ejercicio de un derecho de huelga se termine por apropiarse de los medios productivos y actuar con absoluta prescindencia del dueño de la empresa, como ha ocurrido en nuestro país. La ocupación no ha sido ilimitada, pues entonces deja de ser huelga y se pasa a la apropiación indebida.

PÉREZ DEL CASTILLO (*ob. cit.*, pág. 359) no admite la ocupación pacífica como forma de huelga. En realidad no existe la ocupación pacífica pues siempre es contra la voluntad del dueño. Además, como anota DURAND MARTÍNEZ (*ob. cit.*, pág. 251), la ocupación no es huelga pues no reúne los requisitos de ésta. La huelga es omisión de trabajo, diferente a lo que es una ocupación, y la Constitución lo que autoriza es la huelga y no la ocupación que no siquiera es posible presentarla como modalidad de huelga por ser sustancialmente diversa.

La ocupación del lugar de trabajo afecta el derecho de propiedad (Art. 32 de la Constitución) y afecta, además, la libertad de comercio (art. 36 de la Constitución) y el derecho de los otros trabajadores a continuar trabajando cuando no acompañan la reivindicación que se intenta imponer. Como señala el autor citado (pág. 254), no existen razones de interés general para limitar la propiedad. Por el contrario, las razones de interés general son las que impiden aceptar la ocupación de los lugares de trabajo en defensa de los otros intereses a que se hiciera referencia y que están implicados, como son el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo de los que no adhieren a la huelga, el derecho a la actividad empresarial, entre otros. De lo expuesto se deduce que la ley que autorice ocupaciones, según este enfoque, sería inconstitucional.

DELPIAZZO - ROBAINA ("Estado de derecho y ocupaciones", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, nº 9, año 2006, pág. 9), luego de recordar que en nuestro país conforma un Estado de derecho, que es un Estado democrático y que es pasible catalogarlo como un Estado social (por oposición al individualista), teniendo en cuenta que se han consagrados con claridad los denominados "derechos de segunda generación", al tutelarse en forma expresa la familia, el trabajo, la salud, la vivienda (arts. 40 a 71 de la Constitución de la República), sostienen que en los derechos constitucionales no hay jerarquía y que, en caso de conflicto se debe tender a la armonización. **Sostienen luego que el derecho a la ocupación no es un derecho constitucional y por su parte el derecho de huelga sí lo es**<sup>43</sup>.

43 LARRAÑAGA ZENI (*Las nuevas reglas laborales: ocupación de empresas, tercerización y prescripción*, Montevideo, 2007, pág. 9) sostuvo que el actual gobierno facilitó las ocupaciones como medio de presión contra las empresas. Comenzó por derogar el decreto 512/66 que permite al empresario solicitar a la policía el desalojo del lugar de trabajo ocupado ilegalmente por los trabajadores. Con acierto el autor destaca el grave perjuicio que causan las ocupaciones no sólo a las empresas sino a la misma economía del país e inclusive a los mismos trabajadores. Ello deteriora la confianza necesaria para fomentar las inversiones y las fuentes de trabajo. La empresa ocupada, sin control, se endeuda y en ciertos casos se ha llegado a la quiebra con los correspondientes despidos de los trabajadores.

En las ocupaciones, además, es frecuente que se ignore el decreto 405/05 de 7.X.2005 que establece que antes de adoptarse estas medidas deben agotarse los mecanismos de negociación.

No obstante todo ello, el gobierno por decreto 165/06 terminó por legitimar las ocupaciones al disponer que éstas deben realizarse en forma pacífica y que este tipo de actividad integra el derecho de huelga de rango constitucional.

La Constitución (artículo 32) y el Código Civil (Art. 486 y ss.) protegen el derecho de propiedad, si bien no desde un punto de vista individualista sino social, esa propiedad sólo puede tener las limitaciones que se establezcan por razones de interés general y social. Se puede usar y disponer de la propiedad libremente dentro del derecho. La propiedad es un derecho inviolable salvo en lo que disponga la ley por razones de interés general. La Constitución también garantiza el derecho a la actividad industrial y comercial en el art. 36.

Lo cierto es que la huelga y la ocupación son dos fenómenos bien diferentes pues, mientras en un caso se refiere a dejar de trabajar por una reivindicación laboral, en el otro se alude a una acción de posesión sobre bienes del empleador sin su autorización. El derecho de propiedad sólo puede limitarse por razones de interés general y no por el interés de un grupo puntual de personas que se apropian del bien por alguna reivindicación circunstancial de carácter laboral o político.

**La ocupación de fábricas o empresas carece de respaldo normativo y configura una limitación irregular al derecho de propiedad o al derecho de la empresa pues, como se dijera, responde al interés**

---

En criterio que se comparte, el autor citado entiende que este decreto es claramente inconstitucional pues: a) la Constitución no dio al Poder Ejecutivo la facultad de legitimar las ocupaciones; b) la ocupación no integra el derecho de huelga consagrado en la Constitución y es por tanto ilícita; c) la ocupación viola el derecho constitucional de la libre empresa, del trabajo, de la propiedad y de la igualdad.

En síntesis, según este punto de vista, la ocupación es una medida de fuerza ilícita porque no es huelga y viola derechos reconocidos y protegidos por la Constitución como el derecho al trabajo, el derecho a la libre empresa y el derecho a la propiedad.

DURAND MARTÍNEZ ("La ocupación de los locales de trabajo y el estado social y democrático de derecho" en la obra *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, pág. 119 y ss.) advierte sobre la grave inconstitucionalidad que supuso en nuestro país la aprobación del decreto 165/06 del 30 de mayo de 2006, que legitimó la ocupación de los lugares de trabajo. Estas actividades no implican el ejercicio del derecho de huelga y no están amparadas en el art. 57 de la Constitución. La ocupación de los lugares de trabajo afecta el derecho de propiedad, la libertad de empresa, el derecho de los trabajadores que no desean el paro, y lesiona fundamentalmente, y como se verá, el principio básico de la igualdad. Además, para limitar un derecho esencial como los referidos, sería necesaria una ley declarada de interés general, atento a lo dispuesto por el art. 7 de la Constitución. Según el autor, este interés general en el caso no existe. Por el contrario, razones de interés general son las que deben determinar la prohibición de ocupaciones de los lugares de trabajo. Si una ley faculta las ocupaciones, es, como en el caso, absolutamente inconstitucional. Además, concluye el auto, el decreto 156/06 quiebra el principio de la igualdad pues privilegia, sin causa legítima, a un sector de la población.





**de unos pocos y no al interés general.** Tal postura no afecta el derecho de huelga pues éste no requiere por naturaleza la ocupación de bienes sino que se concreta en la detención del trabajo por una reivindicación laboral seria. Adviértase que en el tema está en juego la misma seguridad jurídica (art. 7 de la Constitución), pues se afecta el respeto del orden jurídico y la confianza de quienes creen en su vigencia.

Como bien destacan los autores citados, la ocupación es un fenómeno fáctico en el que la voluntad de unos se impone forzosamente sobre la de otros, siendo vulnerados sus derechos. Ello ocurre invocando el derecho de huelga con el que no es posible justificar la disposición de bienes del empleador, o sea, se ejercita el derecho para un fin para el que no fue reconocido y, por tanto, reincurre en una clara situación de abuso.

No es posible invocar el derecho de huelga para afectar el núcleo o la esencia del derecho de propiedad. Como el Estado garantiza los derechos Constitucionales, a él compete la tutela del derecho de propiedad cuando es afectado por el ejercicio abusivo del derecho de huelga que, en cuanto tal, deja de ser un derecho de huelga.

Aún cuando apareciera una ley que tratara de justificar las ocupaciones, la misma sería inconstitucional pues sobre ella no podría invocarse un interés general en el sentido de la Constitución.

### **G) Responsabilidad del sindicato por huelgas ilícitas**

Es frecuente que el que declara la huelga sea el sindicato como institución, sea a nivel individual (de la propia empresa), o general (sindicato que representa al sector).

El art. 57 de la Constitución, luego de regular la existencia de sindicatos, señala que la huelga es un derecho gremial, estableciéndose sobre esta base su regulación. En esencia, es un derecho sindical y el sindicato en cuanto tal responde de lo actuado por los huelguistas. PÉREZ DEL CASTILLO (ob. cit., pág. 98) entiende que a la luz del artículo 57 de la Constitución, la huelga es un derecho individual que requiere de la declaración de un sujeto colectivo pues se dirige a defender un fin colectivo. Este sujeto colectivo (gremio, sindicato) es quien tiene el derecho y es el responsable del ejercicio de este derecho, y es por tanto responsable por los daños de un ejercicio abusivo de este derecho.

A la pregunta de si sólo responden los sindicatos con persona jurídica, contestamos que en el tema laboral se aplica el principio de



la realidad y, en tal sentido, quienes se hayan presentado como sindicato responderán en forma personal o colectiva de sus actos.

#### H) Legitimación activa

Todo el que pueda probar un daño por una huelga ilícita tendrá derecho a ser resarcido: patrones, empleados disidentes.... En Francia, como comenta VINEY (*Les obligations. Les effets*, París, 1998, t. V, nº 87), se discute si los empleados no huelguistas tienen derecho a ser resarcidos de todos los salarios perdidos o sólo de los beneficios perdidos por no trabajar.

TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA (ob. cit., t. IV, pág. 345) entienden que, incluso se debe responder por los daños causados a terceros por el no cumplimiento de las obligaciones empresariales que se dejaron de cumplir por la huelga.

La huelga, en la medida en que fue ilícita, no opera como caso fortuito o de fuerza mayor y, en consecuencia, se debe asumir la reparación integral de todos los daños causados.

#### I) Jurisprudencia

1. Hermida (*Apuntes sobre huelga*, pág. 7 y 71) entiende que la huelga es lícita pese a la falta de preaviso porque esa omisión no tiene prevista sanción, careciendo de consecuencias jurídicas, al constituir la huelga el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido (art. 57 de la Constitución), y estar afectada solamente y en ese caso, de ilicitud no trascendente por tratarse de una "lex imperfecta".

Pla Rodríguez en su trabajo "Huelga o lock out no comunicados a CO-PRIN", en *Revista de Derecho Laboral*, t. 18, nº 99 pág. 349 a 364, señala que una interpretación demasiado ligera de la Ley 13.720 ha llevado no a los juristas sino más bien a una de las partes interesadas, a sostener que la falta de preaviso convierte en ilícitas las huelgas declaradas si no se cumple dicho requisito.

Esta Corte, en sentencia 77/91, si bien admitió la ilicitud de la huelga no precedida de noticiamiento que previene del citado texto legal, ha precisado que ello no tiene como consecuencia necesaria el configurar notoria mala conducta que exonere al patrono de indemnizar por despido.

En esta sentencia se destaca la discordia de Addiego Bruno que establece: Estimo que la huelga estuvo viciada de ilicitud por infracción del art. 3 lit. F de la ley 13-720 y el D.L. 14791, y por no haber mediado declaración de inconstitucionalidad como la pretendida por los actores. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 55 de 26/12/1992, A.J.U., t. I. vol. I, nº 4.**

~

2. En primer lugar, no parece que pueda ser considerado el fundamento más adecuado el de recurrir a la llamada "huelga política" ara sostener la legitimidad de la detención de tareas de ese día y, en función de ello, concluir que se ha configurado un supuesto de abuso de derecho. Couture y Plá Rodríguez han sostenido que en la descripción del fenómeno de huelga no puede exigirse la condición de que el fin que la inspire sea puramente profesional. En este aspecto, nos parece acertada la definición de Gallard - Folch que, apartándose en algo de la doctrina más generalizada, llama huelga a la suspensión colectiva y concertada del trabajo con el fin de conseguir objetivos de orden profesional o político, o bien manifestarse en protesta contra determinadas actuaciones patronales, gubernamentales u otras.

Creemos, en cambio, que la consideración del fin servirá como elemento de valoración de la huelga. De allí que cuando estudiemos la clasificación de las huelgas, tendremos muy en cuenta este aspecto. Pero, además, toda huelga termina por ostentar un carácter político en su acción reivindicatoria por lo que toda huelga profesional es también política y toda huelga política tiene un valor reivindicativo.

La teoría del abuso del derecho, agrega Charlier (*Manual de droit du travail et de la securité social*, París, 1955, pág. 104) no tiene aplicación tratándose de un derecho que, de necesidad, es fuente de perjuicios para el empleador. La teoría del abuso del derecho no tiene sentido sino para los derechos que, en sí mismos, no son perjudiciales a nadie. En consecuencia, ante un derecho gremial, consagrado nada menos que en la propia Constitución, resulta violento pretender justificar la imposición de una sanción, precisamente en la ilegitimidad de la huelga cuando, como se ha visto, se ha cuestionado duramente calificarla según cuál sea el fin reivindicatorio. **Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 178/98 de 13 de abril de 1998, L.J.U., t. 118, c. 13.575.**

3. La huelga y las medidas gremiales distintas de la huelga strictu sensu pueden implicar perjuicios importantes a la empresa y a la sociedad. En el caso es claro que supuso perjuicios de entidad a varios miles de usuarios del transporte montevideano. Se trata de un servicio público que no puede ser distorsionado. El amparo jurídico de un medio tan lesivo constituye uno de los altos costos que hacen valiosa la convivencia democrática.

Pero la Constitución no ampara ilimitadamente. La voluntad del gremio se compone de una forma legítima que expresa el contenido volitivo auténtico. Si el sindicato se expresó válidamente sus miembros actúan válidamente dentro del ámbito de la medida gremial e ilegitimamente si lo hacen fuera.

No se cuestiona que lo resuelto por los actores sea el fiel reflejo de la voluntad de los trabajadores de la línea 7, pero los trabajadores de esta línea y de otras que se expresan por el sindicato que las une, no pueden modificar abruptamente lo resuelto por el gremio sin caer en lo ilegítimo. **Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, sentencia 72 de 16 de febrero de 1996, L.J.U., T. 114 caso 13.111.**

~

4. Para el proveyente, compartiendo la posición de la inmensa mayoría de la doctrina laboral vernácula, la ocupación es una forma típica del derecho de huelga constitucionalmente establecido (Grille González, Pedro, "Ocupación pacífica de fábricas y establecimientos comerciales", *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideo, 1960, t. XX, n° 89, pág. 85 y ss.; Odriozola, Luis "Ocupación Pacífica de establecimientos laborales", en *Revista de Derecho Laboral* t. XIII, n° 73, pág. 81 y ss.; De Ferrari, Ocupación de fábricas, huelgas y paros, en *Revista de Derecho Laboral*, t. XIV, n° 76, pág. 335; Caggiani, Ruben, "La ocupación de lugares de trabajo", *revista de Derecho Laboral*, t. XVI, n° 91, pág. 636 y ss.; Hermida Uriarte, Oscar y Raso Delgue, "El derecho vigente en materia de huelga" *Revista de Derecho Laboral*, t. XXVIII, N° 137 pág. 128; Hermida Uriarte, Oscar, "Ocupación de lugares de trabajo y desocupación de los mismos", *Anales del Foro*, N° 65 y 66).

Así las cosas, en tanto los indiciados tomaron posesión del inmueble y los muebles que integran la empresa, en ejercicio de un derecho constitucionalmente recogido, su ingreso fue lícito y, por ende, su conducta en ese momento no fue antijurídica. Podría afirmarse y es cierto, que el derecho de propiedad también se encuentra constitucionalmente recogido y que, en hipótesis como la de autos, se produce un conflicto de derechos que de alguna forma debe resolverse.

Pero desde que ambos derechos solo pueden ser regulados y limitados por la ley, conforme a lo establecido en los arts. 7 y 57 de la Constitución de la República, corresponde al legislador hacerlo estableciendo claramente los límites entre ambos. Y corresponde también al legislador establecer el orden y la formalidad del proceso destinado a resolver los conflictos planteados entre titulares de los derechos pre-citados, en función de lo edictado por el art. 18 de la Carta Magna. Mientras ello no acaezca, los conflictos sobre la posesión de los bienes inmuebles ocupados por los trabajadores como consecuencia de conflictos colectivos de trabajo, que no sean resueltos por las negociaciones entre las partes o la intervención del Ministerio de Trabajo, deberán resolverse ante la justicia civil por las vías enunciadas ut supra, descartándose la justicia penal a tales efectos.

A criterio de los dictaminantes, el derecho de huelga permite a los trabajadores ocupar la empresa y tomar la posesión de los bienes muebles de la misma, con la obligación de preservarlos y restituirlos al propietario una vez finalizado el conflicto. Pero en la especie, los indiciados, una vez que tomaron posesión de los bienes muebles de la empresa ocupada, se apoderaron de los mismos convirtiéndolos en su provecho. El apoderamiento de los bienes muebles se concretó el 7 de octubre de 2005, momento en que los indiciados resolvieron formar una cooperativa con la finalidad de explotar la planta ocupada, desplazando de la producción al propietario de la misma. Desde ese momento los indiciados dejaron de comportarse como operarios sindicalizados de la empresa ocupada, y comenzaron a actuar como propietarios de la misma, habiéndose relevado en autos un conjunto importante de hechos indiciarios de tal extremo.

Así las cosas, cabe concluir, con la provisoriedad propia de este tipo de providencia, que los hechos descritos se encuadran con plasticidad en la figura delictiva prevista en el art. 351 del Código Penal y por ende corresponde que los indiciados sean procesados por delito de apropiación indebida. **Juzgado Letrado Penal, 4º. Turno, sentencia 528 de 9 de marzo de 2006, L.J.U., t. 134, c. 15.272.**

~

5. Para la mayoría de la Corporación, la era circunstancia de que la huelga sea ilícita no determina que se configure mala conducta del que ejercita ese derecho, Esto es, más allá de la licitud o ilicitud de la huelga y la falta de preaviso, determina que "...la medida de huelga será contraria a la ley y por lo tanto ilícita", el corolario es inevitable: "dicha ilicitud no conduce como consecuencia necesaria a configurar una notoria mala conducta que exonere al patrono del pago de la indemnización por despido". Por ello se afirma que debe rechazarse la necesidad de concluir que siendo ilícita la huelga (ilicitud que deriva de la inobservancia de una regla formal, como el preaviso), se configura mala conducta eximente de la indemnización por despido, por lo que, siendo así, el incumplimiento de un requisito puramente formal como el preaviso para ejercer un derecho gremial constitucionalmente establecido a texto expreso en el art. 57 de la Constitución, no puede configurarse, según los criterios o estándares propios de nuestras actuales circunstancias sociales y políticas, notoria mala conducta. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 362 de 12 de noviembre de 1997, L.J.U. t. 117, c. 13.435.**

~

6. Corresponde preguntarse cuando los trabajadores toman una medida de huelga sin realizar el preaviso exigido por el art. 3 lit. F de la ley 13.720, la referida huelga ¿es ilícita?, y en caso afirmativo, tal ilicitud, ¿genera la posibilidad de reclamar por despido abusivo?.

*La Suprema Corte de Justicia, ya desde la sentencia 362/97 sostuvo que: "no cabe calificar de abusivo un despido que se ha visto precedido de una huelga decretada en tales condiciones. Es decir, no puede afirmarse que se está ante un ejercicio abusivo de la facultad de despedir cuando media una medida de carácter ilícito. O sea, si bien la nota de ilicitud que reviste la huelga no determina la exoneración del patrono de su obligación de indemnizar, quita la nota de abusivo al despido dispuesto, correspondiendo, en consecuencia, que la indemnización a abonar por tal concepto sea únicamente la tarifada común, cuando ello se demuestra por otros elementos de la causa.*

*Nadie discute que los trabajadores son titulares de un derecho subjetivo a hacer huelga, pero de conformidad con lo dispuesto por las disposiciones legales referidas, para hacer efectivo tal derecho en forma lícita, los trabajadores tienen la carga de ejercitar ese derecho en la forma prevista por la ley. Si no cumplen tales exigencias deberían soportar las consecuencias negativas previstas por la ley para su omisión, esto es, su conducta no podrá considerarse lícita. Luego, si el empleador los despide, ellos no pueden invocar que el despido fue especialmente antijurídico alegando que se los despidió por ejercer una conducta lícita ya que la condición de licitud de su conducta se encontraba condicionada a que ellos cumplieran con los requisitos previstos por la ley (el preaviso), para ejercer su derecho en forma lícita. **Suprema Corte de Justicia, sentencia 283 de 18 de septiembre de 2002, L.J.U., t. 127 suma 127.061***

## J) Conclusiones

Creemos interesante tener presente las conclusiones a que se arribó en la *II Jornada del Derecho Civil* realizada en Mendoza en el año 1991, donde se analizó específicamente el tema de la reparación de los daños ocasionados por huelgas y se concluyó:

- a) La huelga es un derecho constitucional pero su ejercicio no es absoluto;
- b) Se deberá establecer una norma expresa de responsabilidad de los sindicatos y de sus dirigentes por los daños que se puedan considerar anormales o abusivos.
- c) Nuestro sistema jurídico, en particular por lo que surge del código civil y los principios rectores del derecho de daño, establece la responsabilidad por daños en el ejercicio abusivo del derecho de huelga.
- d) Las ocupaciones son claramente inconstitucionales por no ser una forma de huelga y por atentar contra el derecho a la libre empresa (art. 36 de la Constitución) y el derecho de propiedad (Art. 32).



## SECCIÓN V

### DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 18. EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

##### A) Presentación del tema

En el ámbito del derecho administrativo existe una zona particularmente sensible a la determinación de abusos de derecho que refiere al ejercicio de poderes discrecionales. La idea de someter el poder administrativo del Estado a controles es esencial en todo Estado de Derecho democrático.

El Estado no sólo debe actuar dentro de la legalidad sino que debe ser eficaz, práctico y de allí la importancia de que cuente con cierta discrecionalidad. En el ejercicio de derechos y deberes se debe respetar en el derecho público, al igual que en el derecho privado, los fines que se le asignan por norma a quien se le concede determinada competencia que en principio legítima el ejercicio de derechos y poderes.

El respeto del principio de la legalidad, de la libertad, de la discrecionalidad como garantía esencial de la separación de poderes, marca el triángulo dinámico de un Estado de Derecho, donde evitar abusos e ilegalidades es sustancial. El uso de ciertas inmunidades o discrecionalidades con que cuenta la Administración se puede prestar para abusos, y es sobre esto que realizamos las siguientes reflexiones:

##### B) La discrecionalidad

###### *a) Presentación del tema*

Se ha dicho, y no sin razón, que los poderes discrecionales son el verdadero "caballo de Troya" en el derecho administrativo de un estado de derecho. Ocurre que sobre este concepto se tendieron dogmas que deben revisarse pues aquí no se trata de facultar a actuar



invocando esta discrecionalidad al margen del derecho, sino que se trata de actuar respetando el derecho no sólo en sus aspectos formales, normativos, sino en los fines que con ellos se busca lograr, evitando ilegalidades y abusos.

Las facultades del órgano son discrecionales cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre diferentes acciones. En estos casos el derecho no impuso un comportamiento concreto a seguir. El órgano, como sostiene DROMI (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, pág. 467), puede decidir según su leal saber y entender si debe o no actuar y, en su caso, qué medidas adoptar.

**Actividad reglada** es la predeterminada por la norma y discrecional es la desplegada por la Administración cuando el orden jurídico le otorga libertad para actuar dentro de lo que sea más conveniente para el interés general y dentro de lo que implica una gestión de razonabilidad y buena Administración.

GARCÍA DE ENTERRÍA (*Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1998, pág. 143) considera que todo poder discrecional ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la ley; tampoco, en ningún caso, la discrecionalidad puede equipararse a la ley o pretender sustituirla. Esta es, en último extremo, la razón de que no pueda nunca intentarse aplicar a la discrecionalidad la irrevocabilidad propia de la ley, o su valor, como expresión de la voluntad general. Por amplia que sea cualquier discrecionalidad, siempre será un *quid aliud* respecto de la ley, como cualquier otro producto administrativo, y estará por ello «sometida previamente» a la ley y al Derecho.

Dicho lo cual, continúa el autor, podríamos concluir aquí e importa añadir, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida. Esos elementos pueden ser muchos, pero necesariamente tiene que haber alguno: la existencia de la potestad, su extensión concreta, y la realidad de los hechos que legitima su aplicación o en virtud de los cuales se pone en marcha la competencia, el procedimiento, el fin, el fondo parcialmente reglado.

**Que la Administración pueda actuar en forma discrecional no significa arbitrariedad** y la diferencia está en que aunque la potestad sea discrecional, su ejercicio debe ser fundado, responder a una mo-





tivación y a los fines adecuados. Aclara PRAT (*La desviación de poder*, Montevideo, 1975, pág. 150), que poder actuar con discrecionalidad no quiere decir que se pueda actuar caprichosamente, según su libre arbitrio, sino que se puede actuar con libertad dentro de los límites marcados por la oportunidad o la conveniencia de la acción.

La discrecionalidad, según SAYAGUÉS LASO (*Tratado de derecho administrativo*, T. I, pág. 406), es la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites. Quiere decir que habrá discrecionalidad cuando la Administración pueda decidir si actúa o no y, en caso afirmativo, qué medidas tomará.

**Corresponde diferenciar la discrecionalidad del juicio de conveniencia o de mérito** pues en el primer caso se alude a cierto margen de libertad en el proceder del órgano; en la consideración del mérito o la conveniencia se califican las razones o fundamentos de lo actuado. Puede existir discrecionalidad pero que ésta sea mal ejercida y esto es lo que importa destacar a los efectos de nuestro análisis

Los **motivos** deben ser reales, acertados, constatables pero, además, deben evaluarse las razones de mérito, oportunidad y conveniencia.

El **mérito** refiere a la contemplación de si los medios o las medidas empleadas son adecuadas para el fin que se buscaba.

La **oportunidad**, a su turno, es la razón, coyuntura, conveniencia de tiempo y lugar. Refiere a la aptitud de la medida adoptada.

Se puede pensar en casos de desviación de poder donde la Administración tiene cierto margen de apreciación. Donde la actividad sea reglada, su transgresión será ilícita y pasible de anulación o revocación, pero no será desviación de poder.

*b) Conceptos jurídicos indeterminados (el interés general)*

En nuestro planteo damos especial relevancia a los denominados «conceptos indeterminados» pues cuando la norma alude a ellos termina por facultar o ampliar el ámbito de proceder de la propia Administración. Así, cuando se dice que se debe actuar conforme al interés general, establecer la oferta más conveniente ¿qué se quiere decir? ¿Algo tan vago e impreciso que finalmente no se diga nada?

A diferencia de la discrecionalidad, aquí no existen opciones entre varias posibilidades sino que se debe adoptar la más justa o razonable. Todo concepto tiene algo de determinado.

En ocasiones, estos conceptos indeterminados limitan la discrecionalidad. GARCÍA DE ENTERRÍA, en una magnífica obra (*Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1998, pág. 243) considera que esta figura de conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean –y han empleado siempre– precisamente las leyes. La ley prohíbe la competencia desleal, fija estándares de conducta del buen padre de familia o de la diligencia de un buen comerciante, prohíbe el abuso de derecho o impone la buena fe, etc. No cabría legislar sin utilizar este tipo de conceptos y cuando las partes en un proceso discrepan sobre su aplicación al caso, parece claro que corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho discutido se acomoda o no a ese tipo de conceptos a los que la ley ha conectado alguna consecuencia jurídica.

Así, cuando se autoriza, por ejemplo, expropiar por razones de interés general; cuando es posible rescindir un contrato por razones de interés general, estas expresiones y otras muchas análogas tienen una clara función delimitadora. No quiere decir lo mismo expropiar propiedades sólo por causa de utilidad pública que por la simple voluntad y criterio subjetivo y circunstancial de la Administración y de sus gestores. No quiere decir lo mismo «intereses propios» que intereses de cualquier clase, ni el «círculo de sus intereses» incluye el ámbito de derechos o intereses ajenos o generales. Cuando aparecen estos criterios no existe ninguna potestad discrecional de la Administración para apreciar a su voluntad la presencia y el alcance del concepto legal en la situación disputada.

La interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica. Aquí, según GARCÍA DE ENTERRÍA (*ob. cit.*, pág. 137), procede establecer, con todo, una distinción según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o conceptos de valor; respecto de los primeros, que se ventilan en la apreciación de los hechos, la competencia y control del juez es ilimitado; los segundos no se controlan exclusivamente por la apreciación de los hechos sino que implican juicios de valor que por ser técnicos («impacto ambiental») o políticos (“interés público”, “utilidad pública”) proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez.

Concluye el autor citado que el control de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, por amplio que sea el «halo» del concepto y pocos más amplios que la utilidad pública, es siempre posible.

En la medida en que estos conceptos procedan de las leyes o de la Constitución, ese control es siempre una cuestión jurídica.

La apreciación de la aplicación de los conceptos indeterminados está bajo el control judicial.

Se trata de conceptos con que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o de actuación perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados que luego tendrán que concretarse en el momento de la aplicación.

La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la Ley hace de esos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues por de pronto, proscribiera absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto. He aquí, pues, en esta proscripción radical, que existe un límite a la indeterminación y un límite manifiesto y patente, nada impreciso, ambiguo o vaporoso, un límite rotundo. Es aquí en este punto inequívoco y preciso, donde debe situarse la explicación de que los conceptos legales indeterminados postulan una única solución justa.

«La “unidad de solución justa” no quiere decir que haya una sola conducta específica y singular que pueda merecer, entre las infinitas posibles, la calificación de actuación de buena fe, por ejemplo; quiere decir que una conducta es de buena fe o no es de buena fe y que por ello ha de utilizarse necesariamente, en la expresiva fórmula alemana, una “apreciación por juicios disyuntivos”. Esto responde a que los términos polares del concepto tienen un amplio “halo” en los términos tradicionales, que distingue en los conceptos indeterminados un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar –más o menos alejado del centro, pero inexorable– de certidumbre categóricamente negativa» (*ob. cit.*, pág. 244).

El concepto indeterminado es, pues, perfectamente controlable por el juez, como ocurre con cualquier otra interpretación de la Ley que la Administración haya avanzado. No existe aquí la menor alte-



ración o tergiversación de la función ordinaria del juez, antes bien, su ejercicio normal, el de interpretar y aplicar la Ley a unos hechos cuya existencia y objetividad él mismo controla. Este control es, pues, obligado para el juez en virtud de la función constitucional que le corresponde por los arts. 24 y 106 de la Constitución.

En la llamada de pie de página (24) expresa Así en el autorizado *Vewaltungsrecht*, de H.J.WOLFF, O.BACHOF Y R.STOBER, ya citado, pág. 362, los primeros ejemplos de conceptos legales indeterminados que vinculan a la Administración que se ponen son los de "motivo grave", "bien o necesidad pública", "interés público", "urgente interés público".

"Conviene precisar aún, que el "margen de apreciación", por amplio que pueda ser, está siempre necesariamente iluminado y correlativamente guiado por el "núcleo del concepto" indeterminado. "Por muy difusos que sean los límites del concepto, el criterio para conocer hasta dónde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo". Esta imagen puede ilustrar especialmente bien sobre cómo no es cierto que se trate de que la libre decisión del Juez sustituya a la de la Administración en la apreciación de la aplicación del concepto jurídico en el caso concreto".

Para apurar más esa explicación luminica podemos ejemplificar, por ejemplo, el concepto jurídico-penal de "nocturnidad" con el que ya pasamos de la metáfora al fenómeno físico de la luz. Para aplicar el concepto será preciso determinar si se da o no se da en el caso concreto y, aunque la ambigüedad sea patente en los momentos del amanecer y del atardecer, el juez tendrá que decidir objetivamente y en función de los hechos (nunca por su propia y libre decisión como se comprende), si la nocturnidad podía o no (juicio disyuntivo) estimarse presente en el momento preciso de los hechos, sin que quepa más que una sola solución justa. Todos los supuestos, incluso los más complicados, tienen una solución posible y admisible como tal por la comunidad, recurriendo a "directrices" y "principios" que proporcionan al juez criterios para resolver adecuadamente el caso sin que tenga que atribuirse para ello al mismo ninguna discrecionalidad o libertad de decidir.

El ejemplo típico de un concepto jurídico indeterminado es el de **interés general**.

¿Qué es el interés general en el derecho uruguayo? Ello nos introduce en la vigencia de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se opera en la formulación de un juicio de valor revelador



de si en cada caso se satisface o no el interés comprometido. Nos alejamos aquí de la discrecionalidad pues no opera la libertad de elegir sino que se debe actuar acorde a las exigencias del caso, existiendo una legítima expectativa de que se deberá actuar en respeto de la persona y el bien común, acorde al fin que legitima el proceder del órgano actuante. Este interés general supone el reconocimiento de la persona y básicamente la tutela de su integridad, libertad y seguridad. La Constitución reconoce el derecho del ciudadano al goce de la seguridad (Art. 7) (ver BRITO, *Derecho administrativo. Su permanencia, contextualidad, perspectiva*, Montevideo, 2004, pág. 266).

Además, el interés general procura o busca asegurar la participación del individuo en los bienes del desarrollo. El interés general reclama la limitación de la proyección exterior de la libertad. Es el Estado el que debe garantizar que cada uno obtenga lo suyo sin afectar los derechos de otros.

El interés general se debe someter al interés particular pero esta sujeción de lo particular a lo general presupone haber actuado dentro de la legalidad.

El interés general o el bien común se imponen porque benefician a toda la comunidad. El **interés general no excluye al interés particular sino que lo supone y también lo contempla**. Pero, como destaca MILLÁN PUEYES (*Persona humana y justicia social*, Madrid, 1962, pág. 51) también pone una condición: que exista y sea usado de manera que sirva al bien de todos. No existe un interés general o bien común sin el correspondiente bien particular para cada miembro de la sociedad. El interés general no es algo independiente, separado del interés de las personas que conviven en la sociedad sino algo de lo que todas participan de modo personal, de la misma forma, y contribuyen a que este interés exista.

**La sociedad es para la persona y no la persona para la sociedad.**

Referir a la primacía del interés general sobre el particular no es asumir la primacía de lo social sobre la persona sino, por el contrario, ello implica hacer que la sociedad o la misma convivencia funcionen como medio provechoso para todas las personas que en ella conviven.

*c) Principios generales del Derecho Administrativo*

### **I. Presentación del tema**

Al tema de los principios generales del derecho aludimos en la Parte I N° 2 H) recordando que estos principios como verdaderas



normas jurídicas, existen con independencia de su reconocimiento legal y no dependen de las normas sino que éstas dependen de ellos. Subyacentes en las normas, no son algo meta-jurídico sino que conforman verdaderas reglas de derecho y de allí su relevancia al margen de toda consideración filosófica o académica. **El art. 23 del Decreto Ley 15.524 alude a “todo principio de derecho” como regla de derecho** y por tanto, su transgresión, puede por sí legitimar la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Como destaca BRITO (*Derecho administrativo. Su permanencia, contextualidad, prospectiva*; Montevideo, 2004, pág. 38) **estos principios existen y valen “sin texto”, estando enraizados en la propia naturaleza del hombre**. Ello nos da, a su vez, el carácter de universalidad y su fundamento racional. Como ya lo sostuviéramos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos (Privados y Públicos)*, Montevideo, 2008, pág. 503), el art. 72 de la Constitución de la República refiere a derechos, deberes y garantías que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Por su parte, en el art. 332 del mismo cuerpo normativo se establece que “El derecho administrativo o público no dejará de aplicarse por falta de reglamentación respectivas sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales del derecho y a la doctrina generalmente admitida”. Los principios generales del derecho administrativo por esta vía quedaron positivizados, supralegalizados en el rango constitucional.

Los principios generales en el derecho administrativo operan como fundamento de sus normas y parten del respeto de la realidad, de lo que es la persona y la misma naturaleza de las cosas. Su relevancia práctica es destacada a partir del momento que se asume conciencia de lo que es el Estado de Derecho, y la Administración sólo puede actuar cuando encuentra en la norma el respaldo de su proceder. Por lo expuesto, los principios generales del derecho operan en ocasiones como verdadera fuente de derecho en sentido material y formal y nos llevan al respeto de valores humanos y sociales básicos y esenciales.

Junto con los conceptos indeterminados, con el análisis del poder discrecional, están en el ámbito del derecho administrativo los denominados principios generales del derecho que en el ámbito del derecho administrativo, han tenido un desenvolvimiento



realmente espectacular. Operan como fuente peculiar del derecho y son reconocidos como regla de derecho a los efectos de su análisis en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo llegada la hora de calificar la legalidad del acto.

A los principios generales del derecho aludimos en la Parte I nº 8 C, cuando presentamos, precisamente, al abuso del derecho como principio general dentro de la teoría general del derecho, lo que implica su vigencia también en el derecho público.

GARRIDO FALLA (*Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1964, t. I, pág. 286) aclara que la expresión principios generales puede tener dos acepciones: a) como los principios que orientan y fundamentan el orden jurídico escrito; b) Como los principios de derecho natural que inspiran al orden jurídico. Los primeros responden a la lógica y sistemática del orden jurídico y están condicionados a lo que surja de las normas de derecho positivo. En la segunda acepción los principios generales del derecho se remiten a una fuente normativa distinta y autónoma del derecho escrito. Aquí los principios generales se identifican con el derecho natural y con los valores inherentes a la persona humana (artículo 72 de la Constitución de la República).

MARIENHOFF (*Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I, pág. 273) considera que los principios generales del derecho no provienen sólo de las normas escritas sino, además, del derecho natural, de la moral y del derecho de gentes.

**A través de la vigencia de estos principios generales reconocidos expresamente en la Constitución en el artículo 332, se ordena la primacía de valores superiores que el orden jurídico está dispuesto a priorizar.**

**Para ponderar la existencia de posibles actos que impliquen desviación de poder o abuso, o la existencia de falta de motivo o de razón suficiente, o que sea transgredido el criterio de la proporcionalidad, o que no ha existido una apreciación exacta de los datos ofrecidos por la realidad... toma vigencia en muchos casos la presencia de estos principios generales.**

## II. Principio de la legalidad

La "espinas dorsal" de la administración en todo estado de derecho está, como bien destaca CHICHILLA (*La desviación del poder*, Madrid, 1989, pág. 48) en la vigencia del principio de la legalidad que implica el sometimiento de toda actividad no sólo a la ley

sino al derecho en su plena dimensión. El poder o las facultades de la actuación administrativa están determinadas en el antes y en el después en el derecho. De éste depende lo que se puede hacer y cómo se puede ejercer el poder de la Administración pensando siempre en un fin que está en el interés general y reflejado en la norma, que confiere competencia para actuar. La norma da la potestad de hacer y marca los fines a los que se debe orientar este hacer.

El interés público no es el interés de determinado órgano del Estado sino el interés de la comunidad toda.

Si bien el principio de la legalidad opera como sistema de garantía en un Estado de Derecho, lo cierto es que no siempre sus límites son precisos y máxime cuando se asume que existen actos administrativos reglados y discrecionales, ámbito en el que la norma da paso, dentro de la legalidad, a la orientación por principios, valores y criterios de cuál es en el caso la buena administración.

Como bien destaca BRITO (ob. cit., pág. 261 y ss.), el principio de la legalidad no es sinónimo de sometimiento a la ley sino que ello supone la sumisión a la regla de derecho cualquiera sea su categoría, entendiendo por regla de derecho no sólo a la ley sino a los principios generales y a los reglamentos (tal lo que surge de los arts. 309 de la Constitución y art. 23 del Decreto ley 15.524 antes citado).

Nos alejamos de una visión de legalidad en sentido positivista considerando legal lo que implica actuar conforme a Derecho, entendiendo por Derecho no solamente la ley sino los principios generales, los reglamentos.

Además, como bien señala el autor en forma magistral, dentro de la legalidad, porque así lo ordena la Constitución (art. 72) está el reconocimiento de un orden natural al que se remite un derecho y, por tanto, configura derecho dentro de la vigencia del principio de la legalidad.

Este principio, presupone el reconocimiento de la aceptación de una realidad impenetrable para el Estado que es la dignidad de la persona en su misma dimensión social.

Al aludir al principio de legalidad, este término puede inducir en error pues puede pensarse que todo dependerá de la ley cuando realmente no es así. Como bien destaca PRAT (ob. cit., pág. 127) el juez administrativo es un juez de carácter especial que puede





llegar a controlar más de lo que está prescripto estrictamente en la norma pues estos poderes de contralor que ejerce el juez deben basarse siempre en una noción de regularidad jurídica objetiva escrita o no escrita. Legalidad debe tomarse en el sentido amplio, o sea, legalidad al fin lo que no es un control de oportunidad pues se debe atender a la regla de derecho no sólo en cuanto ley sino en cuanto reglamento, decreto ley (normas escritas) y también controlando principios generales, normas de costumbre (normas no escritas). No es posible controlar la oportunidad pues de hacerlo el juez se convertiría en administrador, pero al controlar la legalidad controla mucho más que el respeto de la ley, controla el respeto del mismo derecho conformado en su integridad, como ya viéramos, no solamente por normas escritas sino también por normas no escritas como los principios generales, las normas de costumbre.

Si bien no se desarrollarán aquí la totalidad de los principios generales del derecho administrativo, analizamos sí el denominado **principio de la razonabilidad** al que hicieramos referencia cuando estudiamos los principios derivados de la buena fe (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio*, ob. cit., pág. 155).

La vigencia de este principio lleva a que, en ciertos casos, aún cuando exista la apariencia de actuar dentro de la legalidad se pueda reprochar arbitrariedad en la medida que, por ejemplo, la motivación o la realidad que se invocó para fundar determinada decisión no sea cierta, correcta o completa.

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit., pág. 153) **la exigencia de razonabilidad en la actuación de la Administración, que está en el fondo del principio de interdicción de la arbitrariedad, la necesidad de que las decisiones administrativas puedan soportar una explicación objetiva, no es una intención del estamento de los juristas para su propio recreo o para auto afirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político;** es, más bien, una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual. Se trata de «esfuerzos permanentes de justificación de las decisiones que muestre su carácter razonable y plausible, cuando menos que pueda acreditar con ello la imprescindible legitimidad del ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, responsablemente reclama.

Se trata, continúa el autor, de un esfuerzo de indagación de un fundamento adicional a la mera fuerza, capaz de legitimar el po-



der, de encontrar para él una respuesta susceptible de ser aceptada en el seno de la comunidad en la que se expresa por una parte significativa de sus miembros, de obtener un mínimo consenso, sin el cual ningún poder puede mantenerse mucho tiempo. Pues en esta necesidad de ser aceptado, de no ser considerado arbitrario, radica la única debilidad del poder, que por esa razón interroga siempre al derecho en busca de un fundamento, de una justificación que asegure un respaldo de su proceder.

En esencia, el estado de derecho en cuanto idea regulativa, significa sometimiento del Estado, del poder, a la razón y no de la razón al poder. El derecho es precisamente el instrumento –o uno de los instrumentos– de racionalización del poder. Esta idea tiene como necesaria consecuencia que las decisiones de los órganos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que la dicta; además, se precisa que el órgano en cuestión **aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico.**

### III. El abuso de derecho como principio general del derecho en el derecho administrativo

PRAT (*ob. cit.*, nº 49 pág. 128 y 132) destaca que existen reglas de derecho no escritas que se imponen como normas, entre las que está el principio general del abuso de derecho o desviación de poder que tiene especial vigencia en el ámbito del derecho administrativo. El abuso de derecho en sí aplicable al derecho administrativo, conforme al autor referido, fue aceptado por la doctrina de mayor prestigio, entendiendo que la noción de abuso de derecho entró en el derecho público por la desviación de poder. Para el autor citado (*ob. cit.*, pág. 132), entre el abuso de derecho y la desviación de poder existen matices diferenciales pues en la desviación de poder se usa el poder para un fin distinto al legal y en el abuso de derecho, para el autor, no se incurre en ilegalidad pero se usa el poder en forma exagerada y sin utilidad para alcanzar el fin. Según este enfoque, en estos casos no se está ante una ilegalidad sino ante una falta administrativa que, como tal, merece ser sancionada de acuerdo a los principios de la buena administración. Concluye el autor citado reconociendo la estrecha relación o la existencia de una raíz común entre ambas figuras jurídicas. **La noción de abuso de derecho aportaría una nueva limitación al poder discrecional de la Administración,**

**pudiendo suplir la desviación de poder de forma de completar el control jurisdiccional.**

La inoportunidad flagrante del acto constitutivo de abuso de derecho puede operar como presunción de desviación de poder. Así también, la desproporción entre el objeto y el motivo o fin, considerado como abuso, también puede verse como presunción de desviación de poder.

Con relación a la opinión de este autor, entendemos que aunque se incurra en una falta administrativa también se está ante una situación de ilicitud y por tanto, las diferencias que marca entre abuso de derecho y desviación de poder no las vemos tan claras como este autor las presenta.

Como ya lo señaláramos, el abuso de derecho opera como principio general en la teoría general del derecho y por tanto se proyecta tanto en el ámbito del derecho privado como en el derecho público, con la peculiaridad de que en este último se le suele denominar "desviación de poder". No debemos olvidar que muchos aspectos de derecho privado operan en forma subsidiaria en el derecho administrativo o público. Tal lo que sucede, por ejemplo, con la doctrina general del contrato. Pues bien, entendemos que la doctrina sobre el abuso de derecho que se ha proyectado en el ámbito del derecho privado puede actuar en forma subsidiaria para dar explicación y fundamentación en su proyección en el ámbito del derecho público.

*d) Límites de la discrecionalidad*

La acuñación del conocido concepto de Estado de Derecho que se debió a los juristas alemanes del siglo XIX (ROBERT VON MOHL) se construye por oposición al Estado monárquico o policía, donde todo giraba en torno a decisiones de la autoridad, sin importar los fundamentos o las razones. En el Estado policía o monárquico no se cuestionan las decisiones del jerarca.

Esto fue sustituido por el respeto del derecho, donde la Administración se somete a la ley y al interés general y a los fines establecidos por la norma. En todo caso se debe actuar bajo los controles de la propia Administración y del mismo Poder Judicial, en un Estado de Derecho que comienza, precisamente, con la separación de poderes.

La discrecionalidad presentada como una libertad de actuar es tal en el ámbito jurídico, precisamente, porque no es posible ejercerla arbitrariamente sino que en todo caso se debe actuar dentro del



respeto de ciertos límites que son, precisamente, los que permiten la existencia de esta figura.

Corresponde destacar que los límites a esta discrecionalidad en gran parte están marcados por principios generales del derecho a los que ya se hiciera referencia.

Corresponde destacar la relevancia que, con carácter general, tiene el principio general del derecho como límite en la eficacia de la actividad discrecional de la Administración. Como bien anota SILVA TAMAYO (*Desviación del poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, 2006, pág. 65), la Administración no puede realizar ninguna actividad en pugna con estos principios.

Estos principios generales del derecho se deben respetar para que en la gestión de la Administración se pueda cumplir eficazmente los fines esperados. Operan como garantía jurídica de los particulares frente a los posibles desbordes, potenciales o reales, del quehacer administrativo.

Limitan la discrecionalidad administrativa: a) la legalidad o jurisdicción; b) la razonabilidad; c) el respeto del fin para el que fue conferida la competencia para evitar la desviación de poder o el abuso de derecho; d) la buena fe; y e) los límites técnicos.

a) Los límites del accionar de la Administración no están sólo en el respeto de la legalidad sino en **los límites que la jurisdicción impone en función de evitar daños injustos a los administrados**. Se debe acatar no sólo la ley sino la Constitución, los Tratados internacionales, los principios generales del derecho.

La actuación de la Administración queda limitada dentro de lo que surge de principios generales y conceptos indeterminados, como el que refiere al necesario respeto del interés general.

b) **Lo razonable**. Puede parecer difícil concretar como límite lo que significa un proceder razonable pero tiene un concepto claro en el sentido que exige considerar en el caso como correcto, lo que cualquier persona actuando de buena fe que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, considerare como tal.

En especial, para determinar aquello que sea razonable habrá que tener en cuenta: a) la naturaleza y objeto del contrato, b) las circunstancias del caso; y c) los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que se refiera (art. 1.302 de Principios LANDO).

Para saber si se ha actuado o no con razonabilidad se pondera la realidad y lo que en el caso suponía actuar conforme a las exigencias de la buena Administración.



A este principio ya aludimos anteriormente, correspondiendo sólo agregar que se desarrolló originariamente como límite en el ejercicio o poder de policía o sancionador. La cantidad e intensidad de la sanción debe ser adecuada a la infracción, debiendo existir proporcionalidad. En esta razonabilidad está involucrado el criterio de equivalencia, igualdad y justa distribución.

c) En cada gestión administrativa **se debe actuar en relación al fin o los motivos que justificaron el otorgamiento de determinada competencia**. Apartarse de estas pautas lleva a la desviación de poder y el abuso de derecho. Los órganos del Estado sólo pueden actuar dentro de los límites de sus competencias, respetando los fines para los cuales esa competencia les fue otorgada.

La desviación del poder se da cuando se actúa en atención a fines personales; extraños o diferentes a los previstos en la ley.

El fin es personal cuando refiere a la satisfacción de intereses del agente (venganza, favoritismo, lucro).

El fin es extraño cuando beneficia a un tercero: por amistad, por beneficiarse directamente etc.

El fin es extraño cuando no respeta al querido por la ley.

d) Otro límite a la discrecionalidad lo marca **el principio de la justicia (imparcialidad)**. No se puede pasar los límites de la equidad y la verdad cuando la iniquidad es manifiesta.

**Corresponde recordar que otro límite del accionar discrecional de la Administración lo encontramos en que en todo ejercicio de derechos y en el cumplimiento de obligaciones se exige un proceder acorde a las pautas de la buena fe.** La buena fe obliga a actuar con honestidad, con lealtad, con transparencia (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos*, ob. cit., pág. 29).

En el ámbito del derecho administrativo el abuso de derecho se suele identificar con la figura de desviación de poder, que se concreta en el ejercicio de facultades para fines diferentes a los permitidos por el orden jurídico. Nos preocupa en esta instancia determinar cómo se relaciona la buena fe administrativa con la desviación de poder.

**La determinación de la existencia de abuso o desviación de poder se limita a contemplar si el acto administrativo en cuestión se realizó con miras al interés general y consideró el fin para el que se legitimó el dictado del acto administrativo.** No se concibe el ejercicio de un poder discrecional para satisfacer fines ajenos a los de la norma –formal o material– aplicable al caso o para satisfacer fines

que, aun siendo de interés público, sean extraños a los que determina la competencia del respectivo agente de la Administración. Como señala MARIENHOFF (*Tratado de Derecho Administrativo, Ob. cit.*, T. II, n. 468, pág. 443) no es lícito al agente servirse de sus atribuciones para satisfacer intereses personales, sectarios o políticos, cuya satisfacción sea extraña a su competencia. Debe ponderarse la finalidad verdadera, no la encubierta o falsa, ni diferente a la que corresponde al acto.

Como bien destaca GONZÁLEZ PÉREZ («El principio general de la buena fe en el derecho administrativo» en la obra *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Bs. As., 2004 T. II pág. 342), este principio juega no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, exigiendo asumir conductas leales, honestas.

Puede ejercitarse un derecho o potestad para los fines previstos en el orden jurídico y, por tanto, no incurrir en desviación de poder y, ello no obstante, ser contrario a las exigencias de la buena fe. Las limitaciones que la vigencia del principio general de la buena fe supone, operan al margen de si la finalidad perseguida es o no la prevista en el orden jurídico.

Una determinada actuación será contraria a las exigencias de la buena fe por razones diferentes a que la finalidad perseguida sea o no contraria a las potestades ejercidas. La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad para fines previstos por el orden jurídico, puede atentar contra las exigencias de la buena fe y esto es lo que nos interesa destacar.

**Los límites técnicos.** Cuando la Administración realiza gestiones técnicas dentro de cierta especialidad debe respetar necesariamente esos parámetros técnicos, muchas veces exigidos por normas concretas que limitan las opciones a seguir.

### C) Abuso de derecho y la desviación del poder

#### a) Presentación del tema

El abuso de derecho como principio general del derecho constitutivo de la misma teoría general del derecho, llega al derecho público y se evidencia en la figura de desviación del poder. El tema tiene singular trascendencia práctica para el deslinde del poder discrecional, marcando límites y operando como una garantía sustancial del administrado.

No alcanza con el respeto de la legalidad formal y esto es lo que importa destacar. No alcanza con respetar las formas sino que se de-



ben respetar los fines de las leyes en cuanto involucran la verdadera consideración del interés general y del bien común.

Si se persiguen fines públicos o privados diferentes a los que se previeron al crear y asignar competencias al órgano, estamos ante la figura del abuso o desviación del poder.

El Estado, como persona jurídica (art. 21 del C.C.) es sujeto de derecho y de deberes y, en cuanto tal, los organismos que forman parte del mismo pueden actuar en forma lícita o ilícita. La exteriorización de la voluntad opera a través de distintos órganos cuya actividad está ordenada a partir del principio de la legalidad, de la especialidad, en relación a que sólo pueden hacer lo que la norma los autoriza en el ámbito de su competencia. Como bien anota Silva Tamayo (ob. cit., pág. 132) el Estado abusa de sus derechos cuando el resultado de su proceder, aún cuando fue ajustado a las formalidades legales no se compadece con la satisfacción inmediata o mediata de los fines públicos que la norma atributiva de competencias ha tenido en mira al crearlo o simplemente satisfaga intereses particulares.

Estos abusos de derecho público pueden cometerse en el ámbito del Poder Ejecutivo (la Administración) o bien en el Poder Judicial o en el mismo Poder Legislativo.

La desviación o abuso del poder es lo que impide, precisamente, el ejercicio abusivo de los derechos de los órganos del Estado.

*b) Concepto*

Una de las garantías principales del administrado está en que en la gestión administrativa se deben respetar no sólo las formas sino los fines asignados al acto administrativo con referencia a las competencias atribuidas al órgano actuante. Tan importante fue asumir la necesidad de discrecionalidad en ciertos actos administrativos como controlar los excesos, abusos o desvíos de este poder. La Administración Pública, en el ejercicio de sus derechos y poderes discrecionales no puede obrar en forma caprichosa o arbitraria.

Chinchilla (La desviación de poder, Madrid, 1989, pág. 42), identifica la desviación o abuso de poder como el ejercicio de potestades apartándose del fin que las ha justificado. En desvío de poder se puede incurrir tanto por acción como por omisión. O sea, también por la inactividad se puede incurrir en abuso de poder; o sea, es perfectamente posible que intencionalmente se deje de actuar o de ejercer una potestad para que no se alcance el fin del interés público tutelado por la norma que atribuyó dicha facultad.

Corresponde aclarar que abuso o desviación de poder existe no sólo en relación a los actos discrecionales sino que también pueden darse respecto a la potestad reglada, pudiendo afectar toda manifestación de la actividad administrativa.

Como bien anota SILVA TAMAYO (*ob. cit.*, pág. 164), el análisis de este tema presupone tener claro que el fin del acto responde a la norma y no es subjetivo. No es necesaria la mala intención o la inmoralidad para que se configure un apartamiento del fin. La desviación del poder es una manifestación concreta del principio general que cuestiona el ejercicio abusivo de los derechos.

Cuando la Administración se excede de los límites marcados por el fin asignado por la competencia del órgano, o no actúa dentro de lo razonable, puede estar incurriendo en abuso o desviación de poder.

### c) *Doctrina Nacional*

SAYAGUÉS LASO (*Ob. cit.*, T. I, pág. 450) considera que al acto que adolece de desviación de poder le falta el fin propio del servicio que constituye uno de sus elementos esenciales. El acto que adolece de desviación de poder en apariencia es legal, pero en su fondo, por perseguir una intención oculta, contraria a derecho, es violatoria de las reglas de derecho.

Se incurre en desviación o abuso de poder cuando se actúa con un móvil diverso al autorizado o la motivación no es real. En lugar de satisfacer el interés general se busca la satisfacción de un interés particular o de un tercero vinculado.

Interesa destacar que para PRAT (*La desviación del poder*, Montevideo, 1965, pág. 43), lo trascendente en toda desviación de poder es que se comienza actuando dentro de la presunción de legalidad cuando, en realidad, existe un apartamiento del fin legal. Sería una legalidad disfrazada una regularidad objetivamente aparente.

La regularidad objetiva del acto no merece reparos. Su juridicidad externa es irreprochable. Recién al analizar su regularidad interna surge el apartamiento del espíritu de la ley. Es precisamente este apartamiento del fin lo que evidencia la existencia de un elemento patológico del acto que termina por cuestionarlo en su misma estructura y en su validez.

Así, la desviación o abuso de poder exigen considerar la presunción de legalidad originaria del acto administrativo y la regularidad del fin perseguido. Para determinar si en el caso existió o no desviación de poder se debe investigar: a) cuál fue el fin de la norma. La



desviación de poder, desde este punto de vista, implica no respetar el espíritu de la norma y no actuar conforme al interés general; b) se debe considerar cuál es el móvil que se propuso el agente administrativo al emitir el acto.

PRAT (*Ob. cit.*, pág. 371) entiende que la desviación de poder supone la existencia de un fin espurio, oculto bajo la apariencia de legalidad objetiva del acto administrativo.

La desviación de poder opera en forma residual, o sea, cuando no existió ninguna otra irregularidad pues al menos en apariencia el acto es correcto exteriormente

El derecho cesa donde comienzan los abusos pues en este caso entramos en el terreno de lo ilícito. En Francia, la teoría de la desviación de poder surge bajo el ala de la teoría del abuso de derecho.

«Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley. Se desvía un poder legal del fin para el que se ha instituido, haciéndolo servir a fines para los cuales no está destinado. La desviación de poder es el hecho de un agente de la Administración que, realizando enteramente un acto de su competencia y conforme a las formas prescritas por la legislación, usa de su poder discrecional para casos y por motivos distintos a aquellos para los cuales se le ha atribuido dicho poder».

ROTONDO TORNARÍA (*Manual del derecho administrativo*, Montevideo, 2005, pág. 214, n° 267) sostiene que los vicios de los actos administrativos pueden estar originados principalmente en: a) incompetencia del órgano emisor; b) defecto del contenido de la infracción a la regla de derecho; c) defectos de formalidades por prescindir del procedimiento adecuado; d) vicios de motivación en atención a que los fundamentos o hechos invocados no son como los presenta la Administración; e) afectación al fin, situaciones en las que el fin querido es distinto al fin debido y normativamente establecido, por lo cual se incurriría en la figura del abuso o desviación de poder; f) abuso de poder, situación en la que se usa el poder en forma exagerada, desproporcionada, sin relación al fin perseguido; y g) situaciones de exceso de poder, donde el acto no es adecuado cualitativamente para el fin perseguido.

#### *d) Derecho positivo*

Nuestra constitución, en el Art. 309 señala a la desviación de poder como una de las causales de nulidad del acto administrativo. Ello no obstante, no da la norma ningún concepto de esta figura, por cierto tan importante.



En nuestro derecho, el contralor de casos de desviación de poder se considera como un tema de legalidad y pasible de acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En el art. 23 del DL 15524 se consideran pasibles de nulidad “los actos administrativos... **dictados con desviación, abuso o exceso de poder...**”

En nuestra opinión, la determinación de la existencia de desviación de poder o ejercicio abusivo de derechos comienza por determinar el fin que se debía lograr en la gestión administrativa dentro de las previsiones asignadas por las normas que le determinaron competencias al órgano en cuestión. Luego de comparar lo actuado con ese fin objetivo, se deduce si se respetó o no el actuar dentro de lo previsto por la norma en torno a los fines a lograr.

Creemos que acierta SILVA TAMAYO (*Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, 2006, pág. 177) cuando presenta **la desviación del poder como el ejercicio abusivo del derecho de la Administración ejercido con un fin diferente al propio de sus competencias**. Hay desviación de poder cuando el acto o contrato se funda en una realidad o hechos que no son tales. No se requiere intencionalidad para que exista desviación de poder. El error de hecho o de derecho; el proceder negligente, pueden llevar a desviación de poder.

La Administración no puede perseguir fines encubiertos públicos o privados diferentes a los que justificaron el acto, su causa u objeto.

Las medidas a adoptar deben ser razonables, proporcionadas al acto que se dicta y al fin perseguido.

**Con la desviación de poder o el proceder abusivo se lesiona un elemento básico del acto administrativo que es su fin o finalidad, o sea, el elemento teleológico que le dio origen o razón de ser al órgano y sus actos.**

Estos fines surgen de la norma, de la Constitución, de los principios generales.

No hace falta, al igual que lo que ocurre con el abuso de derecho, intencionalidad o el querer dañar para que haya desviación de poder, alcanzando con la ponderación objetiva de lo ocurrido y de lo que debía ocurrir.

Existe una realidad que refiere a las dificultades de prueba de la existencia de esta desviación de poder, instancia en la que se advierte especial exigencia por parte de los jueces, lo que hace de esta figura,

en ocasiones, una figura decorativa, y lleva a una pérdida de confianza en el instituto como medio de control.

*e) Pautas para identificar el abuso o desviación del poder*

Para determinar la existencia de un posible caso de abuso o desviación de poder debemos comenzar por identificar el fin al que debe orientarse el acto administrativo y para ello, necesariamente, debemos estar al fin de la norma y al fin perseguido por el que aplicó dicha disposición. Como ya vimos, las autoridades administrativas cuentan con poderes discrecionales pero no para cumplir cualquier fin sino los fines considerados por la ley y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés general.

La determinación de la existencia de abuso o desviación de poder como vicio de la actividad administrativa implica, como ya viéramos, la desviación del fin que justificó esta actuación. Tal como lo señaláramos en otra oportunidad (ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos*, ob. cit., pág. 479), los elementos para la validez de un acto administrativo importan considerar una legitimación y capacidad del que actúa; el contenido u objeto del acto, la forma y la causa (fin o motivo del acto administrativo).

Este último elemento es determinante a la hora de ponderar la existencia de abuso o desviación de poder. En este ámbito corresponde diferenciar **el motivo del fin**. El motivo es la realidad objetiva, constatable, pues ella es determinante y el mismo fundamento de lo actuado. El art. 123 del Decreto 500/91 ordena que todos los actos administrativos deban ser motivados, o sea, se deben enunciar las razones de hecho y de derecho en que se fundó lo actuado.

**Diferente de la motivación es el fin** (o la causa en el derecho privado) que refiere a lo que fue determinante de la decisión. **Una cosa es el porqué (motivo) y otra el para qué (fin)**.

La necesaria orientación del acto administrativo al fin para el que fue reconocido es un requisito de legalidad o legitimidad.

Si la Administración se aparta de este fin incurre en abuso o desviación de poder.

El fin no es subjetivo sino objetivo y de ello depende la validez del acto. Este fin opera como causa de justificación de lo actuado, o sea, la razón de ser del acto. El abuso o la desviación de poder es la forma de control del respeto del fin debido.

Podemos preguntarnos si para que exista desviación de poder es necesaria la intención o alcanza con la culpa o negligencia en el proceder

Probar intencionalidades reduciría mucho la vigencia de esta figura cuando lo importante es determinar si se respetó o no el fin debido. No se debe confundir error con culpa o con dolo. **Error** se puede cometer en la política a seguir dentro de lo opinable; **culpa** se comete cuando se aparta de los fines por negligencia, impericia o por no respetar la norma.

Exigir la intencionalidad y su prueba para aplicar la desviación de poder es, desde nuestro punto de vista, un error.

Como bien lo anota BRITO (ob. cit., pág. 448), el fin del acto administrativo encierra una cuestión axiológica pues por este acto se procura la realización de valores expresados en atención al interés general e insitos en la concepción del Estado de Derecho. Estos valores refieren no sólo al bien común, cuya responsabilidad de realización está a cargo de la Administración. También alcanzan a los que se expresan en la concepción de la persona humana.

La discrecionalidad refiere a la libertad del administrador para seleccionar conductas que concurren al fin del interés común. No podemos desentendernos del medio que se usa para el fin. El medio utilizado debe ser idóneo, oportuno, razonable y conveniente al fin perseguido.

Así, importa considerar que la posible ocurrencia de abusos y desvíos de poder no sólo que el fin sea adecuado sino que el medio empleado sea proporcionado, apto, idóneo y razonable para alcanzarlo.

GARCÍA DE ENTRERRÍA (*La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid, 1995 pág. 27, 30 y siguientes) refiere a las técnicas de control de la discrecionalidad y por tanto, de detección de posibles abusos en el ejercicio del poder. Estas pautas serían:

- a) **Control de los hechos determinantes (motivación).** Lo primero que se debe controlar es los hechos a que responde el acto dictado. O sea, la realidad que se consideró como respaldo de la decisión. Esta es o no es y conforma un elemento objetivo del que se debe partir.
- b) Luego corresponde la **aplicación de conceptos o criterios de control llamados «conceptos jurídicos indeterminados»** que legitiman la aplicación de nociones como la de cuál debió ser en el caso la diligencia debida; cuál debió haber sido la conducta de un buen administrador, etc. Estos conceptos rigen porque el orden jurídico los respalda y, por tanto, lo que se resuelva respecto

de ellos, más allá de su determinación conceptual, respecto al alcance en el caso concreto, es legal o reglado.

- c) Otro control básico está en la **vigencia de los principios generales**. Los principios generales refieren a los grandes valores jurídicos y materiales que constituyen, en términos de GARCÍA DE ENTRERRÍA (*La lucha* ob. cit., pág. 43) el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. La Administración, por lo ya dicho, está sometida a la ley y a los principios generales como al derecho igualdad de trato (no discriminación); al deber de actuar de buena fe; a no ejercer abusivamente los derechos etc.

*f) Prueba de la desviación o abuso de poder*

No es un tema sencillo el de la prueba de los fines o motivación pues se actúa en la clandestinidad o en forma más o menos encubierta. Por otra parte, el acto puede ser formalmente correcto pero viciado en lo interno. Además, como si las dificultades fueran pocas, se parte de la presunción de legalidad del acto administrativo.

Lo cierto es que estos móviles o fines se pueden probar por deducción de los resultados de lo actuado. De esto se puede inferir el móvil o el fin determinante. Estos aspectos son objetivos y de prueba más cierta y real.

CHINCHILLA (*ob. cit.*, pág. 123), señala que esta prueba se destaca por ser negativa pues se debe acreditar que la Administración no actuó para servir a cierto fin. Además, la prueba del apartamiento de los fines no es algo de constatación sino de convicción a la que debe llegar el juez, por lo que hay que marcarle indicios o presunciones del apartamiento del fin.

Son de aplicación las mismas reglas que en el proceso en general en lo que refiere a las posibilidades de prueba, razón por la cual el que aduce el hecho tiene la carga de la prueba (Art. 139 del C.G.P.), aplicándose también la teoría de las pruebas dinámicas en el sentido de que debe colaborar con particular intensidad el que tenga los elementos probatorios lo que, en estos casos suele estar a cargo de la Administración.

Con referencia a los instrumentos prueba recordar la vigencia del régimen de las presunciones a que refieren los arts. 1600 y ss. del C.C. En concreto, una presunción son las consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido.

g) *Formas de desviación de poder*

Determinar cuál es el fin debido en cada caso no es simple pues no existe un criterio único de lo que es o no acorde al interés general, máxime que en ciertas situaciones no se pueden desatender ciertos intereses privados. Perseguir fines diferentes a los debidos, aún cuando éstos sean lícitos, también puede configurar, en ciertos casos, desviación de poder.

CHINCHILLA (ob. cit., pág. 90 y ss.), analiza distintas formas de desviación de poder: a) cuando se persiguen fines distintos al interés general; b) cuando se persiguen fines públicos pero distintos a los exigidos para el caso.

Corresponde agregar que puede existir desviación de poder, además de los casos mencionados, cuando se aplica un procedimiento incorrecto para lograr el fin al que se debe acceder por otro procedimiento.

PRAT (ob. cit., pág. 90) clasifica las formas de abuso o desviación de poder en: a) desviación por un fin totalmente ajeno al servicio, que se da, por ejemplo, al desoír la cosa juzgada no obedeciendo una orden judicial, utilizando el proceder en beneficio del interés personal; b) desviación por un fin de interés público distinto al fin legal que se da, por ejemplo, cuando se sustituye el interés público por otro; c) también existe desviación del fin cuando no se siguen los procedimientos debidos. Si la Administración no sigue las formas establecidas por la ley, puede incurrir en desviación de poder.

Como bien lo anota DURÁN MARTÍNEZ (*Casos de derecho administrativo*, Montevideo, 2003, pág. 16), para que exista desviación de poder no es necesario que exista un fin expreso o privado, alcanzando que los poderes se empleen con un fin distinto al debido.

h) *Jurisprudencia*

1. *Respecto del abuso y desviación del poder se estima, según lo sostenido en la Sala, que no resulta probado en autos que la Administración haya actuado en la especie persiguiendo un fin distinto de aquél que el Derecho le asignó, por lo que no son de recibo tampoco dichos agravios. En efecto, la desviación del poder se configura cuando "... el administrador usa de un derecho o de un poder persiguiendo un fin distinto que aquél por el cual se le confirió por la norma jurídica" (TRAC, Derecho administrativo, t. II, vol. 2, pág. 181), y en el sentido mencionado tal cual lo expresa SAYAGUÉS LASO: "Cómo los actos administrativos se presumen válidos, la desviación de poder debe probarla quien la invoca". La falta o deficiencia de prueba obliga a rechazar la acción", Tratado, t. I, pág. 457) por lo que en autos aun no se*

ha logrado probar que la Administración haya actuado persiguiendo un fin espurio. **Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia 29 de 9. II. 2005, A.D.A., t. XIII, nº 82.**

~

2. Ha sostenido la Corporación en un pronunciamiento de características similares al presente que “es cierto que la Administración tiene discrecionalidad para decidir sobre la oportunidad o conveniencia del acto y su legalidad. Pero la discrecionalidad nunca puede llegar a convertirse en arbitrariedad”. Y agrega a continuación: “mientras la Administración ejerza racionalmente sus poderes discrecionales, dentro de los límites que exija el derecho, sus decisiones serán lícitas y no podrá ser anuladas en vía jurisdiccional...”.

“Una primera limitación de carácter general pero de relevante interés tratándose de actos funcionales, surge del fin que debe perseguir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales sino por motivos de interés público es decir, por razones atinentes al servicio. Por lo tanto, si tiene un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación judicial”. (SAYAGUÉS LASO, Tratado, t. I, pág. 408 y 409). En el acto no se probó que la Intendencia hubiera decidido fundada en fines espurios sino en razones de conveniencia en el ámbito de su poder discrecional.... **Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia 78 de 25.II.2004, A.D.A., t. XII, nº 64.**

~

3. MARIENHOFF, en su Tratado de Derecho Administrativo señala que “la discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública. El estado de derecho no consiente potestades estatales ilimitadas. Todas ellas tienen un ámbito que no puede ser excedido, consecuentemente, hallándose sometidas a posibles controles”.

Expresa luego, siguiendo a FIORINI: “la posibilidad de que ciertos actos administrativos sean consecuencia del ejercicio de actividades discrecionales queda fuera de la jurisdicción y del principio de legalidad administrativa”.

Señala más adelante: “en el acto administrativo en general su jurisdicción puede resultar satisfecho con que dicho acto no dañe el interés público pero tratándose de un acto administrativo discrecional, su jurisdicción requiere que el acto armonice con el interés público concretado en la finalidad a que debe responder la emisión del acto. Se ha dicho con acierto que no existe discrecionalidad en cuanto a la finalidad del acto. No es concebible el ejercicio del poder discrecional para satisfacer fines ajenos a los de la norma –formal o material– aplicables en el caso o para satisfacer fines que aún siendo del interés público, ser extraños a los que determina la competencia del respectivo agente de la Administración. Si así ocurriere, el acto admi-

nistrativo estaría viciado de la desviación de poder. Pudo, entonces, decirse no es lícito al agente servirse de sus atribuciones para satisfacer intereses personales, sectarios o políticos partidarios y otros intereses públicos cuya satisfacción sea extraña a su competencia (MARIENHOFF, Tratado de derecho administrativo, t. II, vol. 4, n. 468).

La finalidad debe ser la prevista por la norma para actos de respectivo objeto o contenido. Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta, falsa o distinta a la correspondiente al objeto contenido del acto. En caso contrario habría una desviación de poder que viciaría a éste. **Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia n. 144 de 10 de mayo de 2004. A.D.A., t. XII, nº 41.**

~

4. Los poderes discrecionales no deben ser ejercidos caprichosamente ni para satisfacer fines personales sino por motivos de interés común. Se constata cómo en el caso son inciertos los motivos expresados para el sustento del acto, éste puede y debe ser juzgado como ilícito y cabe su anulación (SAYAGUÉS LASO, T. I, pág. 408; VALLARINI, A.D.A., t. III, pág. 185).

La motivación no es otra cosa que el aspecto o ingrediente del elemento forma del acto administrativo: no es pues un elemento autónomo de dicho acto. Tiende a poner de manifiesto la jurisdicción del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho y de derecho que justifican su emisión. Aléjase así todo atisbo de arbitrariedad. En suma, tratándose de una expresión de la forma que hace a la sustancia del acto (MARIENHOFF, Tratado de derecho administrativo, t. II, pág. 330) **T.C.A., sentencia 252 de 24 abril del 2000; A.D.A., nº 122.**

~

5. Respecto del abuso y desviación del poder se estima, según lo sostenido en la Sala, que no resulta probado en autos que la Administración haya actuado en la especie persiguiendo un fin distinto de aquél que el Derecho le asignó, por lo que no son de recibo tampoco dichos agravios. En efecto, la desviación del poder se configura cuando "... el administrador usa de un derecho o de un poder persiguiendo un fin distinto que aquél por el cual se le confirió por la norma jurídica" (TRAC, Derecho administrativo, t. II, vol. 2, pág. 181), y en el sentido mencionado tal cual lo expresa SAYAGUÉS LASO: "como los actos administrativos se presumen válidos, la desviación de poder debe probarla quien la invoca". La falta o deficiencia de prueba obliga a rechazar la acción (Tratado, t. I, pág. 457) por lo que en autos aun no se ha logrado probar que la Administración haya actuado persiguiendo un fin espurio. **Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia 29 de 9. II. 2005, A.D.A., t. XIII, nº 82.**



**PARTE III**  
**CONCLUSIONES**



1. GHESTIN - GOUBEAUX (*Traité de droit civil*, París, 1982, t. I, n. 693) entienden que el ejercicio sin control de los derechos (y libertades) es una amenaza para la justicia, que juega un rol esencial en el sistema jurídico. El instrumento de control más relevante a los efectos de acceder a la justicia es la correcta aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho.

Su aplicación involucra conocer no sólo el derecho sino la realidad general y particular que rodea al negocio o situación de que se trate. Advierten los autores referidos, que del desarrollo de esta teoría lo primero que se debe reconocer es el **poder creador de la jurisprudencia**.

Es innegable la relevancia del acto judicial a la hora de **determinar la existencia de un abuso de derecho**. Aun cuando el principio del abuso de derecho esté consagrado expresamente, la determinación en cada caso de la existencia de este abuso, está dependiendo de la debida ponderación de intereses o valores no consagrados expresamente en el orden jurídico, pero que lo integran.

Es el juez el que debe ponderar si en el ejercicio del derecho se transgreden fines o valores éticos, sociales o económicos protegidos por el orden jurídico. Para ello se debe analizar las circunstancias de cada caso planteadas por la situación jurídica intersubjetiva de los intereses y valores de las partes y de la misma sociedad.

2. Es el mismo orden jurídico el que, aplicando la metodología de **remisión a conceptos indeterminados** que deben ser aplicados por el juez, también denominados estándares jurídicos o ventanas abiertas, es consciente de la necesaria labor creativa del juez que se debe proyectar hacia donde la norma nunca pudo llegar pues no es concedora del caso concreto en el que hay que determinar la justicia.

Como bien anota LÓPEZ VILA (*La jurisprudencia y su función complementaria en el ordenamiento jurídico*, Madrid, 2002, pág. 20), tan cierto y verdad es decir que en nuestro ordenamiento la jurisprudencia no es, ni en rigor puede ser, fuente de normas jurídicas propiamente dichas, por cuanto la función de las fuentes es crear normas de carácter general y abstracto, como cierto y verdad es también sostener que

la jurisprudencia es tanto o más importante que cualquier norma, dado que es precisamente la que nos precisa, en los casos de conflicto, cuál es el verdadero sentido y alcance de dicha norma, esto es, la significación concreta de la misma a la hora de hacerse viva en la realidad cotidiana.

LARENZ (*Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, pág. 126) sostiene que el proceso de aplicación de la norma por las decisiones judiciales es un proceso de una creación a posteriori y de una creación nueva constante, en la que el derecho objetivo se hace real como espíritu objetivo, en virtud de la conciencia subjetiva del juez, conciencia subjetiva que, sin embargo, se vuelve a orientar a su vez, hacia la norma. Así, se comprende que el resultado de una jurisprudencia constante puede convertirse, a su vez, como contenido normativo de las decisiones, en derecho objetivo, a pesar de que la decisión particular, aisladamente considerada, no establece una norma generalmente vinculante, sino que sólo expresa lo que en este caso es derecho justo.

Cuando se alude a la jurisprudencia como fuente de derecho se le da un significado en términos de fuente en sentido material. La realidad indica que cuando una jurisprudencia constante determina a cierta actividad como abusiva, ello genera la fuerza del precedente que debe ser respetado como norma viva vigente.

La consagración del instituto del abuso de derecho, para unos emergente del art. 1321 del C.C., para otros, vigente como principio general del derecho (art. 16 del C.C. y 332 de la Constitución, **conforma en esencia la vigencia de un verdadero "estándar jurídico"**).

STATI (*Le Standard Juridique*, París, 1947, pág. ) lo define como el procedimiento que prescribe al juez tomar en consideración el tipo medio de conducta jurídica para determinar y calificar ciertos actos que se trata de juzgar. Es la norma o el orden jurídico que establecen criterios que requieren, necesariamente, la integración por parte del que los aplica. Pero ello sucede, repetimos, no porque se le ocurra al juez arbitrariamente sino porque el ordenamiento jurídico así lo establece.

La necesidad de una teoría o de un principio de abuso de derecho es respuesta a los excesos del positivismo formalista y egoísta de los Siglos XVIII y XIX. Cuando el concepto de derecho se visualiza en su verdadera dimensión tridimensional, se termina por ampliar el concepto de ilicitud, y de alguna forma la teoría del abuso del derecho pasa a estar subsumida en el concepto mismo de ilicitud en la

medida en que es te concepto supone no sólo apartare de las normas sino del derecho en su dimensión completa (norma, valores, realidad socioeconómica).

3. Ante la tradicional polémica entre PLANIOL, quien entiende que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho y JOSSE-RAND, para quien la contradicción se supera pues lo que ocurre es que es posible que un derecho subjetivo en su ejercicio se aparte del derecho objetivo al desatender no tanto su forma sino sus fines, queda un aspecto que no fue bien resuelto y que refiere a explicar el abuso de derecho en función a la transgresión de límites internos y externos en el ejercicio del derecho. Esto implica, como bien anotan GHESTIN - GOUBE-AUX (*ob. cit.*, n° 197 pág. 64) una independencia del derecho objetivo y subjetivo que puede ser más teórica que real. Los derechos subjetivos sólo existen en virtud de normas de derecho objetivo. El derecho objetivo directa o indirectamente no puede, a la vez, permitir y cuestionar el ejercicio del derecho de que se trate. **Lo real es que el derecho cesa donde el abuso comienza.** Todo es cuestión de establecer los límites del derecho.

Admitir que en ciertos casos se debe responder a pesar de que se ejerce un derecho implica saber determinar que los límites el ejercicio de éstos no siempre están claramente determinados de lo que surge del derecho objetivo (la ley) sino del derecho como realidad tridimensional.

**A la hora de explicar los límites** dentro de los cuales queda marcado el abuso o el exceso debemos ser cuidadosos de decir que estos límites están dentro y no fuera del derecho. Se dice que existen límites externos e internos en el ejercicio del derecho subjetivo (SANTORO PASARELLI, *Dottrina generale del Diritto Civile*, Nápoles, 1966, pág. 76 y ss., seguido por GAMARRA, *ob. cit.*, pág. 206). BARASSI (*La teoría generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1964, pág 165 y ss.), sostiene que, si el abuso de derecho lo ubicamos en el derecho positivo, se confunde con ilicitud y pierde razón de ser.

El límite externo supone la transgresión de la norma; el límite interno supone la transgresión del contenido que, para GAMARRA, es extralegal. En nuestra opinión, el abuso del derecho no puede ubicarse fuera del derecho positivo, o en el ámbito extralegal.

Los límites que necesariamente **deben respetarse en el ejercicio de los derechos subjetivos existen no obstante no estar escritos en ningún lado.** A lo máximo se alude a ellos en forma muy genérica cuando se dice que en el ejercicio del derecho no se puede transgredir la moral, la buena fe, la solidaridad social...

No se suele cuestionar la existencia ni la validez de estos límites, no obstante su generalidad. Se asume conciencia de que deben respetarse los valores o intereses de terceros, aún cuando no estén tutelados en forma específica, lo que lleva necesariamente a un replanteo o de la atipicidad del ilícito.

La figura del abuso de derecho existe porque no es preciso fijar de antemano los límites totales en el ejercicio de los derechos o acciones permitido. Ello lleva implícito el hecho de que alguien realice la determinación de estos límites, y este alguien es el juez. Pero, y esto es lo importante, ello ocurre no porque al juez se le ocurra sino porque la misma norma del orden jurídico, a través de sus principios, así lo establece.

En este ámbito no hay acción metajurídica sino que, al determinar los límites del ejercicio del derecho o de la acción, el juez actúa dentro de la plena legalidad pues el ordenamiento jurídico así se lo exige.

4. El acto abusivo no es conforme al derecho subjetivo y contrario al derecho objetivo. **Si el derecho al ser ejercido se aparta del derecho, no es lícito, refiere a un hacer ilícito.** No es a la vez conforme al derecho subjetivo y contrario al derecho objetivo sino que primero se actuó con licitud y luego se tornó ilícito. Cronológicamente en el tiempo hay una etapa de licitud en la que se es titular del derecho y luego, en el momento en que es ejercido, es cuando adquiere relevancia el abuso o lo ilícito. No hay oposición entre lo subjetivo y objetivo sino transgresión de lo objetivo a partir del derecho subjetivo.

Lo peculiar aquí está en que lo ilícito parte de considerar no sólo la norma sino la norma y el fin a que ella corresponde.

Lo lícito de un proceder no está marcado sólo por respetar lo que impone la norma sino también en ejercer el derecho como corresponde.

5. Importa diferenciar que en un caso se incurre en ilicitud a partir del ejercicio de un derecho a diferencia de otros en los que se actúa sin derecho o contra derecho. El concepto de abuso de derecho exige ampliar la noción de ilicitud pues aquí se da la peculiaridad de que se llega a esta situación a partir del ejercicio del derecho, estando no sólo a lo que dice la norma desde el punto de vista formal sino al alcance que la misma tiene con referencia a los fines.

En síntesis, desde nuestro punto de vista, **la figura del abuso de derecho es una forma de ilicitud que supone considerar no solamente al derecho como norma abstracta sino sus fines aplicados al caso concreto.**

La concepción finalista del derecho subjetivo propicia la consideración personalista respetuosa de la dignidad humana y de los valores a los que se debe orientar la aplicación del derecho. No es contradictorio decir que se tiene el derecho y que el mismo está limitado en función de un interés general o de determinados valores.

6. Uno de los temas en que NARVAJA demostró mayor brillantez y originalidad fue, precisamente, el el texto del actual **artículo 1321 del C.C.**, al referir al ejercicio excesivo de los derechos. La norma alude, en el capítulo de responsabilidad civil extracontractual, al daño causado con exceso en el ejercicio del derecho. Para el año 1868, que es cuando se redacta esta norma, realmente era una propuesta visionaria y trascendente.

Para determinar qué es exceso en estos casos, la primera dificultad que tenemos es que existe una excesiva cantidad de opiniones. Lo cierto es que si en todas ellas quisiéramos encontrar un tronco común, lo ubicaríamos sobre la base del criterio de que cuando se ejercita un ejercicio no se puede hacer lo que uno quiere sino que se debe respetar a los demás y los valores del sistema social a que corresponden. Se pueden ejercer los derechos en el respeto de las necesidades sociales y de solidaridad.

Los derechos no se pueden ejercer en forma arbitraria, antojadiza o con despreocupación por el daño que puedan causar a terceros. Debe considerarse no solamente el interés del que ejerce el derecho sino el interés del que puede resultar afectado por el ejercicio de ese derecho y, en caso de conflicto de intereses, se debe priorizar uno de ellos: si es el de quien ejercita el derecho, se causa un daño lícito, en principio no resarcible; si se prioriza el interés del afectado, acorde a un fin social o solidario, se habría incurrido en abuso y, de causarse un daño, éste debería ser resarcido.

Cuando ACEVEDO, en el año 1852, advertía la necesidad de establecer la obligación de reparar no sólo al que actuaba en forma ilícita causando un daño, sino al que causaba daño ejerciendo un derecho con excesos, prevenía los excesos de un positivismo cerrado en las formas. Vio la necesidad de eliminar los excesos a los que pudiera llevar este enfoque formalista, con conciencia de que lo excesivo no iba a surgir de los que dijera expresamente la norma, sino del alcance del derecho no sólo como norma, sino en la integración de ésta en los valores y la realidad socioeconómica a la que la norma responde.

7. Toda posible situación de abuso de derecho comienza por analizar la existencia de una disminución de un patrimonio o afectación



de un derecho personal como resultado de la afectación en el ejercicio de un derecho, sin causa de justificación. No es imprescindible detectar dolo o culpa; malicia, ignorancia, o error, basta que se trate de un abuso para que sea condenable.

Por suponer un apartamiento del fin de la norma; de un fin social prioritario; de lo que en el caso implicaba actuar de buena fe y dentro de lo razonable acorde a las circunstancias del caso.

8. Sabido es que **no todo el derecho está comprendido en la legalidad**. Junto a la norma se agita y vive todo un mundo de principios, directivas, estándares. El “no te enriquecerás injustamente”, el “no abusarás de tus derechos”, podrán estar más o menos claros en la ley pero, sin duda forman parte del derecho universal pues corresponden a valores naturales de la persona y a la vida en sociedad.

El orden jurídico no se circunscribe a la ley: este enfoque positivista que identifica cierta época del derecho hoy está superado pues, con claridad, se advierte que existen otros elementos en el derecho que no son sólo la ley. Así, tenemos los principios generales, los usos y costumbres, etc.

El abuso de derecho pone en evidencia que **el derecho no está formado solo por la ley** sino que ésta se debe a ciertos fines (valores) y a la realidad socioeconómica a la que responde.

La figura del abuso de derecho evidencia una línea jurídica que comienza por reafirmar el respeto de los derechos pero que asume la vigencia de valores y principios generales fundamentales que también deben respetarse sin ser violentados cuando aquellos derechos se ejercen. Así, como sostiene BUSNELLI PATTI (*Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997 pág. 173), el abuso de derecho es un ineludible correctivo en el ejercicio de los derechos cuando ello implica apartarse de estos principios o valores. **El principio del abuso de derecho es entonces uno de los “correctivos” más notables en la historia del pensamiento jurídico, asumido en algunos países por el legislador y en otros por la labor de la jurisprudencia.**

9. **La teoría del abuso del derecho es tan poco moderna** (Ver Parte I nº 3) que sobre ella se basa toda la evolución del derecho romano, partiendo del derecho estricto, hacia la equidad.

10. **El derecho sigue siendo la ciencia del bien y del mal**. Por la vigencia de institutos como el abuso de derecho que priorizan sólo los fines legítimos o los motivos reales y serios a la hora de ejercer derecho.



11. La declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en reacción a la monarquía, priorizó el respeto de los derechos individuales, inalienables y sagrados. Ello se explica por una reacción social lógica tendiente a proteger a la persona de los atropellos del Estado.

Para algunos el abuso de derecho genera cierta resistencia pues, aunque no se diga, se puede ver como contrario a los derechos individuales y a la doctrina de la irresponsabilidad y al egoísmo e individualismo del siglo XIX. La idea es que el que es dueño de algo puede hacer con ello lo que le venga en ganas sin responder de los daños que con ello pueda causar. El abuso de derecho pone, en realidad, fin a la irresponsabilidad, al egoísmo y nos introduce en un camino de sano solidarismo social.

El abuso de derecho tiene una poderosa significación no sólo jurídica sino también política. Como bien anota BUSNELLI PARTI (*ob. cit.*, pág. 188) a través del abuso de derecho es posible dejar de lado ciertos anhelos burgueses que pretenden actuar al amparo de derechos con absoluta discrecionalidad e inmunidad, operando como control de los ilícitos cometidos, invocando libertades, autonomías o derechos. La necesidad de proteger al dañado injustamente, en parámetros de solidaridad social llevó a que el abuso de derecho sea un eficiente límite de los excesos cometidos con apariencia de legitimidad, propiciando una sociedad solidaria y de economía social.

12. En su momento pudo ser un fin muy loable el de la protección del individuo pero, pronto se advierte, si nos quedamos sólo con esto, sería una concepción, en términos de JOSSERAND (*ob. cit.*, pág. 12), artificial, que se basaría en una ficción inadmisibile: el aislamiento del hombre en la sociedad.

**Al legislador le interesa la persona no tanto como individuo sino más bien como unidad social.** No es en los espacios interplanetarios donde hace valer y realiza sus derechos sino en un medio social, el que constituye una de sus innumerables células, la más frágil y la más íntima, que cada vez que ejerce un derecho, si bien puede actuar con egoísmo, está realizando una prerrogativa social, por tanto, debe no obstante sus deseos realizar ese derecho en la dirección social para la que fue conferido.

Lo expuesto en el párrafo que antecede es calificado por el mismo JOSSERAND (*ob. cit.*) como una verdad cardinal, que sufrió durante años un verdadero eclipse, hoy superado gracias principalmente a la sabiduría de los tribunales que llevó a que este instituto se extendiera desde dos puntos de vista: primero, el que refiere a diversidad de

materias y temas en que se aplica (derecho comercial, laboral, procesal, administrativo, etc.); segundo, el que refiere a la amplitud misma de su concepto, que comenzó limitado a la intención de dañar con el ejercicio del derecho y hoy se ubica en la transgresión del deber de actuar de buena fe y sus derivados.

El principio del abuso del derecho cumple, en el sistema jurídico, **una función o fin básico**, cual es la de acercar el derecho a la realidad y al fenómeno cultural al que responde, evitando espejismos causados por absolutismos, dogmatismos o positivismos hoy superados. Marca una clara tendencia a la superación de un enfoque individualista del derecho por uno solidarista, que es, precisamente, hacia donde se orienta el Derecho de Daños de los siglos XX y XXI. Su vigencia, en el decir de LEVI (*ob. cit.*, pág. 38), se convierte en el elemento dinámico de todo el proceso evolutivo del derecho, dándole a éste mayor realismo y humanismo.

La necesidad de controlar los abusos en que se puede incurrir actuando "dentro de lo aparentemente lícito" es un tema que revolucionó al sistema jurídico privado. Así, por ejemplo, en el ámbito de los contratos, el ejercicio irrestricto de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*) ejercida como derecho a contratar, se prestó para abusos que se plasmaron, por ejemplo, en las denominadas cláusulas abusivas en los contratos denominados de adhesión. El abuso del fuerte sobre el débil, o los excesos en que se puede incurrir, pronto determinaron la reacción a regularse, por ejemplo, en el ámbito del derecho del consumo, las "cláusulas abusivas".

Con acierto, COMPORTI ("Ideologia e norma del diritto di proprietà", *Rivista de Diritto Civile*, 1984 pág. 309) indica la teoría del abuso de derecho como el primer contraste serio al pensamiento liberal de la concepción meramente individualista de la propiedad.

Cuando la Constitución limita la propiedad al interés general destaca su función social y esto refleja un criterio de concebir no sólo el derecho de propiedad sino los derechos subjetivos con carácter general en atención a su fin. No se puede, por ejemplo, ejercer derecho de propiedad sólo para molestar o dañar a otros.

El abuso de derecho es aun mirado por muchos con temor; con miedo a la inseguridad, o como un "cajón de sastre" al que se recurre cuando ya no hay otra solución.

Como bien anota LUQUIN BERGARECHE (*ob. cit.*, pág. 179) cierto es que el abuso de derecho deberá posponerse en su aplicación si existen otras figuras específicas aplicables al caso (ejemplo, acción



pauliana o simulatoria...) pero no menos cierto es que en algunos casos será la existencia de intereses protegibles (en el afectado) y no de derecho strictu sensu (derecho patrimonial) los que exijan protección o tutela del orden jurídico.

**El derecho no es un fin sino un instrumento** para lograr la convivencia pacífica y justa entre quienes viven en una comunidad que aspira el bien común. En este ámbito, el principio del abuso de derecho es un medio para establecer los límites dentro de los cuales se ejercen los derechos subjetivos, evitando excesos o afectaciones de intereses de terceros dignos de protección.

13. **La teoría de que el juez es un mero aplicador aritmético de la norma** y carece de flexibilidad para llegar a la justicia del caso concreto la desvirtúa la propia norma al utilizar en su regulación conceptos indeterminados o abiertos, que son verdaderas delegaciones de atribuciones al juez. El abuso de derecho es un instrumento de flexibilidad y adaptabilidad a las realidades socioeconómicas.

14. **El fundamento último del abuso del derecho está en la justicia**, en un sistema jurídico que no es individualista y que, por el contrario, considera que los derechos de cada uno se deben ejercer en coordinación con los de los demás.

**La importancia del principio del abuso del derecho** está en que debe operar como un medio de contralor respecto de las injusticias aberrantes e intolerables a las que nos pueda llevar el respeto ciego de las normas y la vigencia irrestricta de la autonomía privada.

15. La doctrina del abuso de derecho propicia en esencia un quiebre con la máxima según la cual el acto realizado en ejercicio de un derecho dentro del ámbito del poder otorgado a su titular es una actuación lícita aunque como resultado de este proceder se pueda dañar a otra persona. AMÉZAGA (*Culpa aquiliana, ob. cit.*, pág. 25) señala que fue precisamente el abuso de derecho el que puso en jaque la máxima preenunciada en cuanto si hay abuso en ejercicio de ese derecho y se causa daño injusto, el mismo debe ser resarcido.

**El abuso de derecho, como teoría general forma parte de la teoría general del derecho** y conforma una de las reacciones más claras y eficaces al individualismo y liberalismo descontrolado y egoísta, propiciado a partir de la Revolución Francesa, que parte de una noción diferente de lo que realmente es el derecho y cuáles son sus alcances, a partir de lo que son y cómo se deben ejercer los derechos subjetivos.

El centro del problema está en la aceptación de la relatividad los derechos y el concepto de interés legítimo. Para algunos el abuso de derecho genera cierta resistencia pues, aunque no se diga, se puede ver como contrario a los derechos individuales y a la doctrina de la irresponsabilidad y al egoísmo e individualismo del siglo XIX. La idea es que el que es dueño de algo puede hacer con ello lo que le venga en ganas sin responder de los daños que con ello pueda causar. El abuso de derecho pone en realidad, fin a la irresponsabilidad, al egoísmo y nos introduce en camino de sano solidarismo.

El criterio rector del abuso del derecho plasma en el sistema jurídico como **un principio general de derecho que bien debiera ubicarse en el Título Preliminar del Código Civil**, junto al principio de la buena fe, como con sabiduría se hizo en el Código Civil Español.

Este principio general de derecho se justifica, precisamente, para recordar que el derecho no es sólo la ley, y que se completa, necesariamente, en la ponderación de los valores y la realidad socioeconómica a que responde esa ley.

16. Cuando el orden jurídico reconoce un derecho es por alguna razón o fin. Se privilegia al que tiene el derecho con posibilidades de ejercitarlo dentro de las pautas de dicho fin. Puede suceder que se crucen dos intereses y que sólo pueda o deba prevalecer uno de ellos, debiéndose sacrificar el otro. La ley no puede determinar en cada circunstancia cuál es el derecho o interés que debe priorizarse en la eventual contraposición de intereses y aparece el principio del abuso de derecho como la figura correctiva o de ajuste.

Como bien destaca BUSNELLI - PATTI (*Danno e responsabilità civile*, Milano, 1997 pág. 174) **los países que no tienen institucionalizado el abuso de derecho logran este fin a través de la buena fe y su función correctiva.**

Para el correcto ejercicio de un derecho no alcanza con respetar formal o aparentemente el contenido objetivo de la norma sino que se debe ejercer este derecho dentro de ciertos fines y valores que se exigen concomitantemente a lo que surge del derecho objetivo. El abuso de derecho aparece como un instrumento de contralor y de equilibrio para la coexistencia de intereses contrapuestos.

17. **Este derecho del que se puede abusar se integra no sólo por normas del derecho privado (civil, comercial), sino por normas de derecho público** (procesales, constitucionales).

El abuso del derecho tiene una máxima que debe captarse rápidamente, y que radica en la necesidad de superar positivismos y



absolutismos que puedan llevar al derecho a asumir injusticias intolerables.

18. Donde se constata que alguien recibió un **daño jurídico no justificado**, y no obstante provenir de una conducta aparentemente lícita, el orden jurídico debe reaccionar y analizar este daño injustificado, pensamos en el ejercicio abusivo de un derecho.

Recordamos que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en determinado momento aparecieron daños injustificados que afectaron sin causa a la víctima, al margen de la culpa. La reacción no se dejó esperar y se ampliaron los factores de atribución, apareciendo, junto a la culpa, el riesgo, la garantía... de manera que sus daños fueran resarcidos.

Cuando aplicamos el principio del abuso del derecho vemos daños injustos causados en una aparente legitimidad, y en este caso, como en el anterior, en el ámbito de la atipicidad del ilícito civil buscamos un factor de atribución que justifique su resarcimiento.

Se asume conciencia de que el interés o el valor lesionado no aparecen reconocidos expresamente en un derecho subjetivo, pero que, no obstante, el daño que se causa con su afectación tiene relevancia jurídica porque el valor o el interés se consideran dignos de protección.

19. La figura del abuso de derecho debe ser potenciada no sólo para ampliar el ámbito de protección a la lesión de derechos personales y patrimoniales en aquellos casos en que se daña con apariencia de legalidad, sino que, además, se proyecta, en ciertos casos, **una función preventiva o de detención de causas de perjuicios que se puedan estar causando**.

La protección de la persona en su existencia desde la concepción a la muerte natural y su calidad de vida es un imperativo de justicia natural que actúa como guía y fundamento en la actualidad del derecho de daños.

Hoy en este ámbito importa **no sólo resarcir sino prevenir daños** y el Código General del Proceso actual, abrió caminos claros con la regulación de medidas cautelares apropiadas que pueden y deben usarse.

En la ocasión urge más la determinación del daño causado por abuso que su misma reparación. Pensamos, a modo de ejemplo, en los daños por inmisiones o contaminación ambiental, por el uso inadecuado de una marca, etc.

En nuestra propuesta doctrinaria aparece el abuso de derecho fundado en la exigencia de razonabilidad en el ejercicio de un derecho y uso de bienes y en la necesaria solidaridad que exige una ampliación de criterio sobre lo que es ilícito y marca la necesidad de optimizar la función preventiva del derecho de daños.

**20. En la actualidad no se conciben derechos incausados o inmotivados**, sin más control que la voluntad de su titular, pues ello puede llevar a un verdadero caos. El derecho subjetivo se tutela cuando se ejercita con normalidad y racionalidad.

La resistencia de los límites en el ejercicio de un derecho subjetivo se opuso pues, al comienzo, se entendió como una agresión a la libertad y autonomía de la persona y que ello implicaba la concesión de facultades peligrosas al poder judicial (RISOLÍA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, 1958, pág. 149).

En la tipicidad de lo dispuesto por las normas civiles no se agota el ámbito de protección de los intereses y valores de las personas que conviven en sociedad. En este ámbito aparecen grandes principios, como el del abuso de derecho, que requieren de la precisión de su contenido.

21. MORELLO (“El abuso de derecho, nuevas dimensiones y diferentes perspectivas” en la obra *Derecho Privado* dirigida por BUERES, Buenos Aires, 2001, pág. 51), sostiene que “cuando, al caminar ya en la nueva centuria, nos zambullimos en el estudio del abuso del derecho o ejercicio abusivo de los derechos, **nos atrapa una empinada pieza de arsenal jurídico**, una herramienta que, con sabor útil pero huidizo, anuncia varias rebeldes y complicadas manifestaciones del derecho vivido. Parece **un duende travieso y gozoso en poner en jaque conceptos y experiencias establecidas, ya delimitadas**. Se comporta como un árbitro en la puja o roce entre derechos que ahora no parecen cohabitar con la faz deseada, al mostrarse ariscos y perseguir un orden –de preferencia– distintos al preexistente”.

“Los operadores jurídicos –continúa el autor– envueltos por una nueva cultura jurídica, no las tenemos todas con nosotros a la hora de afrontar esa ardua tarea, que se complica por valernos de conceptos jurídicos indeterminados, exigencias dogmáticas conceptualistas, que quedan ancladas en hermenéuticas rígidas y perfectas, en espacios puros y no contaminados de figuras próximas, y de múltiples proyecciones que actúan al mismo tiempo en un paisaje abierto de incontables tonalidades y materias”.

22. VIGO ("Consideraciones iusfilosóficas sobre abuso de derecho", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, Santa Fe, 1998, pág. 312) con realismo entiende que el derecho está por y al servicio del hombre o, mejor dicho, de los hombres que integran una sociedad política y no al servicio de los juristas, la ciencia o la autoridad. Allí donde alguien recibe un daño injusto, no obstante provenir de una conducta lícita o con apariencia de licitud, debe reaccionar el derecho e impedirla o ponerle fin.

23. En el inconsciente de algunos juristas, a la hora de cuestionar o restringir la aplicación del principio general del abuso de derecho, está el hecho de considerar peligroso que los jueces califiquen qué es lo abusivo aplicando pautas de determinación no escritas expresamente para cada caso, dependiendo de las máximas de la experiencia y de la sana crítica. Este es el verdadero temor de algunos que más que desconfiar del abuso de derecho, desconfían del juez. Somos de la idea de que esta polémica de falta de confianza se resuelve reconociendo que en la práctica no se constata el uso abusivo de la figura del abuso de derecho por parte de los jueces.

Cierto es que el alcance de la figura del abuso de derecho depende de la jurisprudencia y del buen proceder de los magistrados. Estos son los que pueden y deben enriquecer y consolidar este concepto, respetando la "fina intuición" de lo que se entiende justo para el caso concreto.

24. Se llega a conocer la verdadera dimensión y significación del abuso de derecho cuando constatamos que en concreto lo que importa es que el derecho se ejerza en forma justificada y para ello se debe considerar no sólo la conducta del que ejerce el derecho sino la situación del que sufre sus posibles consecuencias. Como bien señala DE LORENZO (*El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1996), se pasa de una concepción contra ius del ilícito a una concepción sine iure del daño injustificado. Por ello es acertada la consideración de ALTERINI (*Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 2007, pág. 329) cuando sostiene que en estos temas relativos a formas de ilicitud el aspecto medular se traslada a la teoría de las causas de justificación: la conducta que causó un daño, aun cuando parta del ejercicio de un derecho, puede generar responsabilidad cuando su proceder no es justificado.

El abuso de derecho es una figura que nos invita a considerar más que el daño causado el daño sufrido como consecuencia del ejercicio irregular de un derecho.

Concluimos este planteo con palabras del maestro ALTERINI (*ob. cit.*, pág. 332) cuando afirma: la teoría de la responsabilidad, con carácter general, reposa sobre cierta idea de lo injusto. En el siglo XIX, esta noción descansó sobre la antijuridicidad y sobre la culpa, exigiéndose, para la procedencia de la indemnización, la concurrencia de una conducta que fuera a la vez adversa al sistema jurídico y moralmente reprochable. El daño, para ser resarcible, debía ser injustamente causado.

A fines del siglo XIX se expandió la idea de indemnizar el daño injustamente inferido. La noción de culpa no fue expulsada pero en muchas hipótesis bastó que el daño no estuviera justificado, siendo por tanto innecesario que el autor hubiese obrado con culpa.

En los últimos años –continúa el autor citado– se produjo una extensión del sistema, abarcándose también al daño injustamente producido.





## BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA

ACCICARRI, "Medios de comunicación masiva y responsabilidad civil", *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1987.

ADALGIZA FRACCON, *Relazioni famigliari e responsabilità civile*, Milano, 2004.

ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALBANELL, "Protección de las minorías en las sociedades anónimas", *L.J.U.*, t. XXI.

ALEGRÍA, H., "El abuso de mayorías y de minorías en las sociedades anónimas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Santa Fe, 1998.

ALPA - BESSONE, "I fatti illeciti" en *Tratatto di Diritto Privato*, de RESCIGNO, Torino, 1985.

ALTERINI, *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, 2007.

ALTERINI, "Abuso de derecho", *Enciclopedia de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1996.

ALTERINI, "La seguridad jurídica y la teoría de las costas", *Revista Temas de Derecho Privado*, Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, *El incumplimiento considerado en sí propio*, Buenos Aires, 1963.

ALTERINI, *Contratos civiles*, Buenos Aires, 1998.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *Derecho de daños*, Buenos Aires, 1992.

ALTERINI - LÓPEZ CABANA, "El abuso de derecho", en la obra *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992.

ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, 1999.

ÁLVAREZ DE TOLEDO - QUINTANA, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, 1997.

AMÉZAGA, *Culpa aquiliana*, Montevideo, 1948.

ANCAROLA, "La buena fe y los medios masivos de comunicación" en la obra *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, 2001.



- ANDRADA, D., "Ruidos, humos, olores y otras molestias entre vecinos", *Revista de Derecho de Daños*, 2005/2, Santa Fe, 2005.
- ANTÚNEZ VARELA, *Das obrigações en geral*, Coimbra, 1992.
- ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, 1970.
- ATIENZA, LUIS MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000.
- AUDIT, *Le fraude à la loi*, París, 1974.
- AZÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contraendo*, Navarra, 1990.
- BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Madrid, 1998.
- BALBELA BERRO, "Abuso sexual en menores", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, nº 9.
- BARASSI, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1958.
- BARBAGELATA, *Derecho del trabajo*, Montevideo, 1977.
- BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, 1965.
- BARONA PILAR, *Competencia desleal*, Valencia, 1999.
- BERCOVITZ - RODRÍGUEZ CANO, *Comentario de la ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2000.
- BERDAGUER, "El concepto de dependencia económica en la responsabilidad contractual del empresario", *A.D.C.U.*, t. XXXIV.
- BERDAGUER, "La justa causa del receso unilateral en los contratos de duración con plazo determinado", *A.D.C.U.*, t. XXVIII.
- BERGEL PAOLANTONIO, "Abuso de posición dominante y abuso de derecho", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16, Santa Fe, 1998.
- BERGSTEIN, "Contrato de distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva", *A.D.C.U.*, t. XXVI.
- BERLIOZ, *Le contrat d'adhesion*, París, 1976.
- BERNAL, *El abuso del derecho*, Madrid, 1982.
- BESALÚ PARKINSON, "El daño socialmente tolerable y el medio ambiente", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, 1999, nº 2.
- BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1997.
- BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984.
- BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1999.
- BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1998.



## BIBLIOGRAFÍA

BIGLIAZZI - GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, Bogotá, 1992.

BOLDO RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, Navarra, 2006.

BORDA, *Tratado de derecho civil*, Parte General, t. I, Buenos Aires, 1989.

BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, 1987.

BREBBIA, "El daño moral en las relaciones de familia", en *Homenaje a Méndez Costa, Derecho de Familia*, Santa Fe, 1990.

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1961.

BRECCIA - GERI - NATOLI - DELLI, *Derecho civil*, Colombia, 1992.

BRICKS, *Las cláusulas abusivas*, París, 1982.

BRITO, M., *Derecho administrativo. Su permanencia, contextualidad, prospectiva*, Montevideo, 2004.

BRUSCUGLIA - GIUSTI, "v. Ratifica" en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Milano, 1987.

BUERES, "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta" en obra *Homenaje a MOSSET ITURRASPE*, Buenos Aires, 1989.

BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, 1986.

BUGALLO, BEATRIZ, "Competencia desleal: noción evolutiva y algunos actos no previstos especialmente en la Convención de París, art. 10, *Anuario de Derecho Comercial*, t. XI.

BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1993.

BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1995.

BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998.

BUSTO PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999.

CALVO COSTA, *Daño resarcible*, Buenos Aires, 2005.

CANO MARTÍNEZ, *El poder irrevocable*, Madrid, 1998.

CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones, disfunciones*, Madrid, 1989.

CAPITANT, "Sur l'abus des droits", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1928, t. 27.

## BIBLIOGRAFÍA

CAPUTO, L.J., *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria*, Buenos Aires, 2006.

CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.

CARBONNIER, *Droit Civil*, París, 1965.

CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Madrid, 1956.

CARNELUTTI, F., *Teoría general del derecho*, Madrid, 1941.

CAROZZI, EMA, "La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito de la sociedad conyugal", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, nº 11.

CARRANZA, *Abuso de derecho. La reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1970.

CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987.

CARRIÓN RAMOS, "El interés del menor en la jurisprudencia", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, nº 4.

CASINELLI, "Derecho a la información, derecho al honor y Constitución de la República", *Revista de Derecho* Nº 1, Universidad de Montevideo, 2002.

CATTANEO, "Buona fede obiettiva ed abusso del diritto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971.

CAUMONT MARIÑO, "Consensualidad del mandato con representación para celebrar un negocio solemne", *A.D.C.U.*, t. XV.

CAUMONT, "Desistimiento unilateral", *A.D.C.U.*, t. XIX.

CERISOLA HERNÁNDEZ, "Test jurisprudencial de dos casos para determinar la existencia de rescisión abusiva", *A.D.C.U.*, t. XXVIII.

CHINCHILLA, *La desviación del poder*, Madrid, 1989.

CONDORELLI, *El abuso de derecho*, La Plata, 1971.

CORRANDINI, *Il criterio de la buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1971.

CORREA, J., *Para leer el Código Civil*, Lima, 1986.

COSSARI, *Daños por molestias intolerables entre vecinos*, Buenos Aires, 2007.

COSSIO, C., *La teoría egológica del derecho y concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1964.

COSSIO, *La teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, 1963.

COUTURE - PLÁ, *La huelga en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1951.

COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1988.

## BIBLIOGRAFÍA

- COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1989.
- COVIELLO, J.J.; "El principio de la razonabilidad en el derecho público argentino" en *Obra en merecido homenaje al Prof. Brito*, Montevideo, 2008.
- CREIMES, ISRAEL, "El abuso de derecho al voto en la legislación societaria uruguaya", *Estudios jurídicos en homenaje a Mezzera*, pág. 114.
- DABIN. *El derecho subjetivo*, París, 1955.
- D'ANTONIO, *Derechos del menor*, Buenos Aires, 1994.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Una teoría del derecho*, Madrid, 1993.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia*, Madrid, 2006.
- DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949.
- DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1931.
- DE CORES, "Actuación en juicio y responsabilidad profesional", *L.J.U.*, t. 111.
- DE CUPIS, *El daño*, Barcelona, 1975.
- DE FERRARI, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1969.
- DE LORENZO, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1996.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Madrid, 1977.
- DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno en la tradición jurídica*, Madrid, 1993.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Principio de la buena fe*, Barcelona, 1967.
- DELPIAZZO - ROBAINA, "Estado de derecho y ocupaciones", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2006.
- DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, 1978.
- DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, México, 1948.
- DEMOGUE, *Traité des obligations*, París, 1928.
- DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. IV, París, 1924.
- DI FLORIO, "L'abuso della potestà genitoriale" en la obra *Persona e danno*, dirigida por Cendón, Milano, 2004.
- DI GIANDOMENICO, *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Milano, 2004.
- DI GIOVANI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

DÍAZ ETCHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2006.

DÍAZ SIERRA, "El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio rector de interés superior del menor", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n° 15.

DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1984.

DIEZ PICAZO, "Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas", Madrid, 1996.

DIEZ PICAZO, *La Doctrina de los Actos Propios*, Barcelona, 1963.

DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999.

DIEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1993.

DOBSON, J., *El abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1991.

DUGUIT, *Las transformaciones del derecho (Público y Privado)*, Buenos Aires, 1975.

DURÁN MARTÍNEZ, *Casos de derecho administrativo*, t. V, Montevideo, 2007.

DUTTO, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, Buenos Aires, 2007.

ESGARRA RAULT, *Les sociétés commerciales*, París, 1951.

ESSER, *Principio y norma de la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961.

FADEL RAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, París, 1991.

FAGELLA, *I periodi precontrattuale*, Nápoles, 1906.

FAGET PRATTI, "El disregard of legal entity", *Revista de Derecho Tributario*, n° 116.

FALZEA, "Efficacia giuridica" en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV, Milano, 1965.

FARGOSI, *Estudios de derecho societario*, Buenos Aires, 1978

FERNÁNDEZ LARRAÑAGA, "Límites del receso unilateral", *A.D.C.U.*, t. XXX.

FERNÁNDEZ MIRANDA, *Libertad de expresión y derecho a la información*, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Apuntes sobre abuso de la persona jurídica", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Santa Fe, 1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, 1992.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERRARA, *Teoría de la persona jurídica*, Madrid, 1929.
- FERREIRA, *La buena fe, el principio general en el derecho civil*, Madrid, 1984.
- FERREIRA RUBIO, *La buena fe*, Madrid, 1984.
- FERREIRA RUBIO, *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, 1982.
- FERRER, "La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y la inoponibilidad de las personas jurídicas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-1.
- FERRER - MASCARDI, "La noción de un buen hombre de negocios", *Anuario de Derecho Comercial*, t. V.
- FERRO ASTRAY, *Empresas controladas*, ????
- FINLANGER, *L'équilibre contractuel*, París, 2002.
- FLAH, "Las relaciones de vecindad en el régimen de propiedad horizontal", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2002/2.
- FLEITAS - ORTIZ DE ROSAS, "Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges", *Revista Derecho de Daños*, Santa Fe, 2001/2.
- FLEITAS, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1944.
- FLOUR - AUBERT - LUC, *Droit Civil*, t. 1, Les obligations, París, 1980.
- GAGGERO, *Análisis exegético de la ley 16.060 de sociedades comerciales*, t. I, Montevideo, 1992.
- GALGANO, E, *La società*, Torino, 2001.
- GALGANO VISINTINI, *Effetti del contratto. rappresentanza, contratto per persona da nominare*, Milano, 1992.
- GALOPINI, "Appunti sulla rilevanza de la regola di buona fede en materia de responsabilità extracontrattuale" *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1965.
- GALVÁN, "Responsabilidad civil derivada de la publicidad comercial" en obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995.
- GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, Montevideo, 1980.
- GAMARRA, *Imprevisión y equivalencia contractual*, Montevideo, 2006.
- GANDINI, "Il danno de pericolo" en *Persona e danno*, Milano, 2004.
- GARCÍA MENÉNDEZ, *Competencia desleal. Actos de desorganización de competidores*, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA VICENTE, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo*, Barcelona, 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1964.
- GARRIGUES, *Publicidad y Competencia Desleal*, Madrid, 1978.
- GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1976.
- GELSI BIDART, "Abuso del proceso" en *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981.
- GELSI BIDART. *De las nulidades en los actos procesales*, Montevideo, 1949.
- GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.
- GHERSI WEINGARTEN, *Tratado de los daños reparables*, Buenos Aires, 2008.
- GHESTIN - GOUBEAUX, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, París, 1983.
- GHESTIN - VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV, París, 1982.
- GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
- GNAZZO, "Dos reflexiones acerca del mandato en el derecho positivo uruguayo", *A.D.C.U.*, t. XVI.
- GÓMEZ CALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1955.
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978.
- GOZAÍN, *Temeridad y malicia en el proceso*, Santa Fe, 2001.
- GROSMAN, "Responsabilidad civil frente a hechos de violencia familiar", en *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995.
- GROSSO, "Abuso de Diritto", *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milano, 1958.
- GROSSO, "Buona fede" *Enciclopedia del Diritto*, t. V, Milano, 1959.
- GUAL ACOSTA, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Colombia, 2008.
- GULMINELLI, *Responsabilidad por abuso de la persona jurídica*, Buenos Aires, 1997.
- HALPERING, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1998.
- HERMIDA URIARTE, *Apuntes sobre huelga*, Montevideo, 1996.
- HERMIDA URIARTE, "El concepto de despido abusivo", *Revista de Derecho Laboral*, nº 135.
- HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de las obligaciones*, Madrid, 1961.
- HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971.



## BIBLIOGRAFÍA

- HERRERA OREGGIA, "Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho", *Anuario de Derecho Comercial*, t. I.
- HIGHTON, *Derechos reales*, Buenos Aires, 1998.
- HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, 2001.
- HOLZ, E., *Mercado y derecho*, Montevideo, 1997.
- IHERING, RUDOLF VON, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1909.
- IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Milano, 1990.
- IVAN ROCCA, "Abuso de derecho" en *Revista La Ley*, nº 104, Buenos Aires, 1977.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "El derecho del accionista al dividendo y el derecho de la sociedad a las utilidades", *Anuario de Derecho Comercial*, t. XI.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "Un tema controvertido: el abuso de derecho de las minorías en las sociedades comerciales", *Anuario de Derecho Comercial*, t. VIII.
- JOSSEMAND, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, México, 1946.
- JOSSEMAND, *L'abus des droits*, París, 1905.
- JOSSEMAND, *Derecho Civil*, tomo 1 vol. I, Buenos Aires, 1950.
- JOSSEMAND, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Colombia, 1999.
- JOSSEMAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, México, 1946.
- JOSSO, *Artes del contrato*, Buenos Aires, 2005.
- JOURDIN, E. R., *El abuso de derecho*, Ecuador, 1953.
- KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, 1993.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Daños y perjuicios causados por la huelga" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1993.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Principios y tendencias en torno al abuso de derecho en la Argentina", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 16, Santa Fe, 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Publicidad y consumidores", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5.
- KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, Barcelona, 1990.

## BIBLIOGRAFÍA

LANDONI SOSA, "El principio de la moralidad: base fundamental para un proceso justo" en *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, 2004.

LANGÓN CUÑARRO, "La mujer víctima de la violencia en el seno del hogar", *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, nº 2.

LAQUIS, M., *Abuso de derecho en el ejercicio de la patria potestad*, Buenos Aires, 1963.

LARENZ, *Derecho justo*, Madrid, 1994.

LARRAUMET, *Teoría general del contrato*, Bogotá, 1993.

LAYERLE, *Responsabilidad por abuso de derecho*, Montevideo, 1975.

LEONFANTI, *Abuso de derecho*, Buenos Aires, 1945.

LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París, 2004.

LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Milano, 1993.

LIGEROBUNO, *Le problème de la fraude a la loi*, París, 1924.

LLAMBÍAS, *Código Civil anotado*, t. IV A, Bs. As., 1981.

LÓPEZ MESA- CESANO, *El abuso de la persona jurídica en las sociedades comerciales*, Buenos Aires, 2000.

LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ MESA, *Curso de derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, ....

LORENZETTI, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, 1995.

LORENZETTI, "Abuso de derecho, contratos de duración y distribución", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16, Santa Fe, 1998.

LORENZETTI, "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5.

LORENZETTI, "Fundamento constitucional de la reparación del daño" en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2003.

LORENZETTI - MOSSET ITURRASPE, *Defensa del consumidor*, Santa Fe, 1994.

LUQUIN BERGARECHE, *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*, Madrid, 2005.

MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y las inmisiones*, Madrid, 2004.

MANGARELLI - ROSEMBAUM, "El despido abusivo en el derecho uruguayo", en *Revista de Derecho Laboral*, t. XXXI, Montevideo, 1988.

MANTERO, "El abuso del derecho de despedir en el derecho uruguayo", *Revista de Derecho Laboral*, t. XV.

MANTERO CHALAR, "Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada", *A.D.C.U.*, t. XXXII.

MANTERO MAURI - CHALAR SANZ, "Conjunto económico, ¿responsabilidad civil de la sociedad matriz?", *Anuario de Derecho civil*, t. XXXV.

MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965.

MARINO LÓPEZ, "Control del contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo", *A.D.C.U.*, t. XXXI.

MARKOVICH, *La theorie de l'abus des droit dans le droit comparée*, París, 1936.

MARTINES, M.P., *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Milano, 2006.

MARTÍNEZ MUÑOZ, *¿Abuso del derecho?*, Madrid, 1998.

MARTINS COSTA, *A boa fe no direito privado*, Sao Paulo, 2000.

MAURINO, *Abuso del derecho procesal*, Buenos Aires, 2001.

MAZEAUD TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, 1962.

MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, 1965.

MERLINSKY, *Manual de Sociedades Anónimas*, Montevideo, 2008.

MESSINEO, V. "Contratto", en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, Milano, 1968.

MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1986.

MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979.

MESSINETTI, "Abuso del diritto", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1958, t. 1.

MILLÁN PUEYES, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1982.

MOLINA, *Abuso de derecho, lesión e imprevisión*, Buenos Aires, 1969.

MOLINA, *La desestimación de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, 2002.

MOLINA - NAVARRETE, "El levantamiento del velo jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1995, t. 48.

MONTICELLI, *Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica*, Roma, 2006.

MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961.

## BIBLIOGRAFÍA

MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Buenos Aires, 1980.

MOSSET ITURRASPE, *Cómo contratar en una economía de mercado*, Santa Fe, 1996.

MOSSET ITURRASPE, "El abuso en el pensamiento de tres juristas: Risolia, Spota, LLAMBÍAS", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Santa Fe, 1998.

MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Santa Fe, 1977.

MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, 1981; y t. III, Santa Fe, 1998.

MOSSET ITURRASPE, "La intimidad frente al derecho", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006/2.

MOSSET ITURRASPE, "El abuso de derecho en las relaciones de vecindad", *Revista de Derecho de Daños*, 2005/2, Santa Fe, 2005.

MOSSET ITURRASPE, "La persona jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad. Penetración", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 8, Santa Fe, 1995.

MULLER, "El ejercicio regular y el ejercicio abusivo de los derechos. Orden público y buenas costumbres", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 2007/3.

NATOLI, "v. Rappresentanza" en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX-VIII, Milano, 1987.

NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.

NATOLI, "Note preliminari ad una teoria del abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1991.

NIEL PUIG, "Abuso de derecho", en la obra *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*, en homenaje a Alterini, Buenos Aires, 1997.

NOVAROS, "Evolution récente de la notion de droit subjectif", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, París, 1996.

OLIVERA - OLIVERA, "El disregard of legal entity en la jurisprudencia", *Anuario de Derecho Comercial*, t. X.

ORDOQUI CASTILLA, *Acción Pauliana*, Montevideo, 1995.

ORDOQUI CASTILLA, "Protección del consentimiento y el deber de informar", *L.J.U.*, t. CXI.

ORDOQUI CASTILLA, "Obligación de compensar por daños lícitos", *A.D.C.U.*, t. IX.



## BIBLIOGRAFÍA

- ORDOQUI CASTILLA, *Derecho extracontractual*, Montevideo, 1974.
- ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005.
- ORDOQUI CASTILLA, *Estatuto de Derechos de la Personalidad*, Montevideo, 1984.
- ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio en los contratos (Privados - Públicos)*, Montevideo, 2008.
- ORDOQUI CASTILLA, "El contrato en el año 2000: Cláusulas contractuales abusivas", *Anales del Foro*, n° 125.
- ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2001.
- ORDOQUI CASTILLA, "Responsabilidad civil en las relaciones anticontractuales de consumo", *Anales del Foro*, Montevideo, 1996.
- ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones de derecho de las obligaciones*, Montevideo, 1999.
- ORDOQUI CASTILLA, *La responsabilidad civil en el derecho de familia*, Montevideo, 2005.
- PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones General de la Contratación y Cláusulas Contractuales Predispuestas*, Barcelona, 1991.
- PASSARELLI, *Dottrina generale del diritto civile*, Milano 1954.
- PAZ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1990.
- PEIRANO FACIO, *Eduardo Acevedo, Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, 1963.
- PEIRANO FACIO, "La responsabilidad precontractual en los contratos solemnes", *R.D.J.A.*, t. LX.
- PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954.
- PÉREZ DEL CASTILLO, *Manual práctico de normas laborales*, Montevideo, 2006.
- PÉREZ DEL CASTILLO, *Derecho de huelga*, Montevideo, 1993.
- PÉREZ FONTANA, SAGUNTO, "La prescindencia de la persona jurídica", *Revista de Sociedades Anónimas*, 2002.
- PERTINEZ VILCHES, *Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia*, Navarra, 2004.
- PEYRANO, "Abuso del proceso y conducta procesal" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006.
- PEYRANO, "Abuso del proceso y conducta procesal abusiva", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, Santa Fe, 1998.

PINTO, "L'abuso e dependenza economica", *Rivista di Diritto Civile*, Milano, 2000.

PIZARRO, DANIEL, "Ejercicio abusivo del derecho de informar", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, Santa Fe, 1998.

PIZARRO, *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, 1991.

PLÁ RODRÍGUEZ, "Huelga y el lock out no comunicados a CO-PRIN", *Revista de Derecho Laboral*, t. 99.

PLANIOL - RIPERT - ESMEIN, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, La Habana, 1940.

POLO, *Protección del contratante débil de concesiones ilegales del contrato*, Madrid, 1990.

PORTALIS, *Discurso preliminar al Proyecto de Código Civil Francés*, Valparaíso, 1978.

PUGLIATTI, "Autonomia privata", *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milano, 1959.

REALE, *Teoría tridimensional do direito*, Sao Paulo, 1968.

REALE, *Filosofía do direito*, San Pablo, 1952.

RECASENS SICHES, *Nueva filosofía de interpretación del derecho*, México, 1945.

RECASENS SICHES, *Filosofía de interpretación del derecho*, México, 1958.

RENGIFO GARCÍA, *Del abuso de derecho al abuso de la posición dominante*, Colombia, 2004.

RESCIGNO, PIETRO, "L'abuso del diritto", *Revista di diritto civile*, 1965.

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*. Milano, 1988.

REZZONICO, *Contrato con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, 1987.

RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, París, 1949.

RIPERT, *Le régime démocratique*.

RIPPE, *La concorrenza desleal*, Montevideo, 1980.

RIPPE, J., *Sociedades comerciales*, Montevideo, 1990.

RIPPE, "Evolución del derecho de la competencia desleal en el derecho uruguayo", en *El nuevo régimen de la competencia*, Montevideo, 2001.

## BIBLIOGRAFÍA

- RISSO FERRAND, "La ocupación en los lugares de trabajo" en *Estudios Jurídicos*, Montevideo, 2006.
- RISSO FERRAND, "Algunas reflexiones sobre el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa", *Anuario de Derecho Comercial Latinoamericano*, Montevideo, 2002.
- RIVERA, *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, 1994.
- RIVERA, "Los derechos incausados", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Buenos Aires, 1998.
- RIVERO DE ARANCET - BEATRIZ RAMOS, *Familia y derecho*, Montevideo, 2004.
- RODOTA, *Il problema della responsabilità*, Milano, 1964.
- RODRÍGUEZ, NURI, *Mayorías y minorías en la ley de sociedades comerciales*, Montevideo, 1989.
- RODRÍGUEZ ARIAS, *Abuso de derecho*, Buenos Aires, 1971.
- ROMANO, v. "Abuso del diritto", *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959.
- ROMEO JOURDIN, *Abuso de derecho*, Ecuador, 1993.
- ROPPO, *Trattato dei contratti*, Milano, 2007.
- ROTONDI, "L'abuso del diritto", *Rivista de Diritto Civile*, Milano, 1923.
- ROTONDO TORNARÍA, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, 2005.
- ROYO JARA, *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1985.
- RUBIO CORREA, *Para leer el Código Civil*, Perú, 1986.
- RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, Madrid, 1953.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrina Generale del Diritto Civile*, Nápoles, 1966.
- SAYAGUÉS ARECO, "El contrato de remate", *L.J.U.*, t. 55.
- SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Bogotá, 1996.
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1977.
- SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Barcelona, 1918.
- SILVA TAMAYO, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, 2006.
- SOLZ, ALBERTO, *El fraude a la ley*, Barcelona, 1989.



## BIBLIOGRAFÍA

- SORIA, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981.
- SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Madrid, 1998.
- SPOTA, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1975.
- STARCK, *Droit Civil. Obligations*, París, 1972.
- STIGLITZ, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, 1992.
- STIGLITZ, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, 1994.
- SUPERVIELLE, "Normas imperativas y prohibitivas" en *Estudios en homenaje a Couture*, Montevideo, 1957.
- TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, Colombia, 2007.
- TARIGO, "El principio del idealismo en la forma de los actos procesales", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, nº 3, Montevideo, 2001.
- TERRE - SIMLER - LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, París, 2000.
- TRABUCCHI, "La rappresentanza", *Rivista di Diritto Civile*, Milano, 1970.
- TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004.
- TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 2007.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973.
- TRIMARCHI, "V. Illecito (diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1970, t. XX.
- URIARTE, "Ocupación de los lugares de trabajo y desocupación", *Anales del Foro*, Nº 65-66.
- URIARTE RASO DELGUE, "El derecho vigente en materia de huelga", *Revista de Derecho Laboral*, nº 137.
- VAN ROMPAEY, "La responsabilidad por el uso indebido de las vías procesales y la incidencia del Código General del Proceso", *A.D.C.U.*, t. XX.
- VÁZQUEZ FERREIRA, *Obligaciones y contratos en los albores del S. XXI*, Buenos Aires, 2001.
- VÁZQUEZ FERREIRA, "Responsabilidad por difusión de noticias falsas inexactas" en obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995.
- VETTORI, *Codice del consumo*, Milano, 2007.
- VIDAL TACHINI, "El derecho subjetivo" en la obra *Homenaje a Buenos Aires*, Bs. As. 2001, pág. 120.





## BIBLIOGRAFÍA

- VIGO, "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso de derecho" en *Revista de Derecho Privado*, Santa Fe, 1998, n° 16.
- VINEY - JOURDAIN, *Traité de Droit Civil*, París, 1998.
- VIRASSAMAY, *Les contrats de dependance economique*, París, 1986.
- VON IHERING, *El fin del derecho*, Granada, 2000.
- VON THUR, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1992.
- WARREN BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.
- WATXI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.
- WAYAR, *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1990.
- WEILL, *Les obligations*, París.
- WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986.
- ZANONNI, "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad", obra *Homenaje a Goldemberg*, Buenos Aires, 1995.
- ZANONNI, "Tutela del honor y difusión de noticias", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006/2.
- ZANONNI, *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1989.
- ZANONNI, *Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Buenos Aires, 1980.
- ZANONNI, "Abuso de derecho en las relaciones conyugales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, Santa Fe, 1998.
- ZANNONI PÍSCARO, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, 1994.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuación por daños*, Buenos Aires, 2006.



ABUSO DE DERECHO,  
de GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, se terminó de imprimir en la ciudad de Lima  
en los talleres gráficos de Editorial San Marcos,  
Av. Las Lomas 1600, Urb. Mangamarca, S.J.L.