

## ABUSO DEL DERECHO

por **Roberto G. Loutayf Ranea**

(Publicado en “Jurisprudencia Argentina 2015-II)

### ABUSO

#### Concepto

#### La proscripción del abuso

#### La proscripción del abuso del derecho

##### Aspectos Generales

##### Criterios para determinar el abuso del derecho

###### Teorías subjetivas

- a) *Intención de causar un perjuicio (animus nocendi):*
- b) *Comportamiento negligente:*
- c) *Falta de interés legítimo:*

###### Teorías objetivas

- a) *Ruptura del equilibrio:*
- b) *Ejercicio anormal de un derecho:*

###### Teorías mixtas

##### El art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 y el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial

##### Supuestos de ejercicio abusivo de los derechos o prerrogativas jurídicas

###### Ejercicio que contraría los “fines del ordenamiento jurídico”

*El art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711*

*El art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial*

###### Ejercicio que excede los límites de la buena fe

###### *Generalidades*

*Aplicación a todo el ordenamiento jurídico*

*Concepto de “buena fe”*

*Presunción de buena fe*

*Doctrina de los propios actos*

###### Ejercicio que excede los límites de la “moral” y las “buenas costumbres”

###### Pautas complementarias para configurar la existencia de abuso del derecho

##### Elementos que conforman la conducta abusiva

- a) Conducta permitida por el ordenamiento jurídico
- b) Aspecto subjetivo
- c) Daño

#### El rol del juez en la determinación del abuso del derecho

#### Aplicación de oficio o a pedido de parte de la teoría del abuso del derecho

##### Modo de invocar en juicio por las partes el ejercicio abusivo de un derecho

#### Prueba del abuso

#### Valoración judicial del abuso

#### La teoría del abuso del derecho debe interpretarse restrictivamente

##### Formas de corrección o sanción de la conducta abusiva

- *Impedir que se alcancen las consecuencias pretendidas mediante el acto abusivo.*
- *Hacer cesar al culpable en la conducta abusiva.*
- *Declaración de nulidad del acto.*
- *Aplicación de sanciones.*
- *Imposición de costas a la parte que ha incurrido en abuso o a sus letrados.*
- *Disminuir o no regular honorarios al profesional que incurrió en abuso.*
- *Posibilidad de inferir argumentos de prueba contrarios a la parte que ha incurrido en conducta abusiva.*
- *Incremento de los intereses.*

- Resarcimiento de los perjuicios causados por el acto.
- Imposición de penas.

## **ABUSO**

### **Concepto**

"*Abuso*" deriva del latín de la palabra *abusus* (compuesta por la preposición "ab", que significa "contra", y el término "usus", que significa "uso"<sup>1</sup>). Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *abuso* es la "acción y efecto de abusar". Y "*abusar*", según el mismo Diccionario, significa "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien"; a su vez, la palabra "*usar*" significa "hacer servir una cosa *para* algo. Por lo tanto, el abuso implica hacer "mal uso de algo o de alguien"; o sea, como lo destaca Gelsi Bidart, abusar es servirse de algo para un *fin* que no es el que corresponde, o hacerlo de un *modo* que no corresponde, o ambos aspectos a la vez<sup>2</sup>; abusar es toda demasía extralimitada en el uso, que se realiza en contra de una persona o cosa<sup>3</sup>. Utilizando las palabras del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se ha dicho que "abuso del derecho" es la "utilización injusta, indebida, impropia o excesiva de una facultad que la ley o la autoridad nos ha concedido"<sup>4</sup>.

Hacer mal uso de algo presupone una conducta humana. Son los hombres los que pueden cometer abusos. Destaca Leonfanti, que "sólo Dios no puede abusar de su señorío; dejaría de ser Dios porque es infinitamente sabio y justo"<sup>5</sup>.

Se puede advertir, entonces, que el abuso, por un lado, se refiere al "*uso*" que se hace de algo o alguien, por lo que, como destaca el maestro uruguayo Gelsi Bidart, se trata de una *actuación*, de una *realización*, de un *servirse* de algo con una *finalidad* determinada<sup>6</sup>. Y por otro lado, debe tenerse en cuenta también que el objeto del abuso, es decir, aquello de

---

<sup>1</sup> ROCCA, Ival: "Abuso del Derecho", L.L. 104-977, ap. II, n° 3. Ver también en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", tomo II, 253.

<sup>2</sup> GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, ap. I, n° 2. Pero reconoce luego este autor que en rigor, "no puede nunca prescindirse del fin cuando se hable 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 (y, a veces, se consigue: resultado) (ap. VII, n° 18, penúltimo párrafo)

<sup>3</sup> BECERRA LAMAS, Silvia: "El Abuso del Derecho", en Revista Notarial, n° 853, año 1980, pág. 2243.

<sup>4</sup> CNFed.Civ.Com., Sala II, voto del doctor Etchegaray al que adhiere el doctor Ehrlich Prat, 4-12-1970, E.D. 41-185.

<sup>5</sup> LEONFANTI, María A.: "Abuso del derecho", en Revista Jurídica de San Isidro", n° 12-13, pag. 38, citada por Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Bs. As., Astrea, 1994, tomo 5, pág. 63, nota 48.

<sup>6</sup> GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955 y ss., citado también por Kemelmajer de Carlucci, Aída, en su voto como integrante de la CJMendoza, Sala I, 21-2-03, E.D. 202-430, específicamente pág. 437. Dice Gelsi Bidart que, en otros términos, "estamos en el terreno de los medios, de lo usado con alguna finalidad.

En un fallo se ha dicho que Ahora bien, no cabe asimilar los conceptos de "ejercicio abusivo" y "no ejercicio" de un derecho (CNFed.Civ.Com., Sala II, voto del doctor Etchegaray al que adhiere el doctor Ehrlich Prat, 4-12-1970, E.D. 41-185).

lo que se abusa, puede ser de una amplia variedad<sup>7</sup>. En ese sentido se ha dicho que la teoría del abuso del derecho propicia la *relatividad* en el “*ejercicio*” de los derechos o potestades y que no existen derechos “*absolutos*”<sup>8</sup>. Cabe destacar que para determinar la existencia de abuso debe diferenciarse entre el derecho y su “*ejercicio*”<sup>9</sup>. En el “*abuso de derecho*” la prohibición legal no se refiere al derecho subjetivo, sino al ejercicio; o mejor dicho, a determinadas formas de ejercicio que serán calificadas como “abusivas”<sup>10</sup>; se produce el abuso si existe un “*inadecuado ejercicio*” de un derecho o facultad, o cumplimiento de un imperativo o función<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto G.: “Abuso Procesal”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, tomo XLIII, año académico 2004, Córdoba, págs. 107 y ss., específicamente págs. 109-110.

<sup>8</sup> CNCiv., Sala A, 22-12-1975, E.D. 67-368.

La teoría del abuso del derecho propicia la relatividad en el ejercicio de los derechos subjetivos de los individuos. Para ella no existen derechos absolutos; ellos han de ejercerse en función del fin en virtud del cual el ordenamiento jurídico los reconoce y los ampara. En un sentido omnicompreensivo, acto abusivo es aquel que ejercido en los límites normales de la actuación del derecho acordado por la ley, desvirtúa o menosprecia los fines y valoraciones sociales y económicas sin los cuales la legislación deja de ser el derecho vivo, desviándose de la realidad jurídica (Spota: “Tratado de Derecho Civil”, t. I, vol. 2º, p. 8). Desde otro punto de vista, cuando se ejerce sin exceder los límites objetivos fijados por la ley, pero que por su móvil o intención dañosa se aparta de la finalidad social o económica que el legislador tuvo en mira al reconocer tal derecho (CApel. Junín, 26-9-1968, E.D. 26-276).

No existen derechos absolutos o, si se quiere, “totalmente” absolutos. Todos son relativos; y relativos a las circunstancias del caso, en función de las bases éticas del derecho, entre las cuales está el principio de que nadie debe abusar del suyo (art. 1071, cód. civil según ley 17.711). Ese principio o teoría del abuso del derecho pone coto a intolerables arbitrariedades en apariencia “legales”, y es el que permite a los jueces remediar situaciones extremas (CNCiv., Sala F, 16-2-1970, E.D. 35-441).

Los derechos son relativos, en un sentido general, ya que no hay posibilidad de ejercerlos de un modo absoluto a costa de cualquier otro interés. Los derechos son relativos, en un sentido estricto, cuando el límite que tienen está dado por otros derechos invocados por otros sujetos. De tal modo, es un supuesto de colisión de derechos, y el límite es externo: la mayor o menor extensión de un derecho está en relación directa con lo que se conceda al otro o con lo que el titular del otro derecho esté dispuesto a conceder. La descalificación del ejercicio de un derecho es también un límite, pero en este caso proviene del derecho mismo: el derecho debe ser ejercido de un modo regular, conforme a la buena fe, las buenas costumbres, los fines de la ley; es decir, que el derecho en su nacimiento contiene un perímetro que el ejercicio posterior no puede transgredir (LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, poág. 60).

<sup>9</sup> MOSSET ITURRASPE, Morge y PIEDECASAS, Miguel, en “Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil”, comentario al art. 1071, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, pág. 61, con cita de los siguientes fallos: CSJN, 12-5-1983, Fallos 305:637; Id. 4-8-1988, “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F. vs. Fiart Argentina”, L.L. 1989-B-4.

<sup>10</sup> PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: “Las tres dimensiones axiológicas del abuso del derecho”, L.L. 2010-E-1210, ap. II, C, 3. Peralta Mariscal propone la denominación “ejercicio abusivo de los derechos subjetivos” porque la forma de concretar el contenido de un derecho es mediante su ejercicio; y cuando el ejercicio de un derecho causa un daño tildable de injusto, puede conceptualizarse como abusivo (PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: “Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos”, J.A. 1992-IV-799, ap. II).

Existen diferencias sustanciales entre el derecho y su ejercicio; una cosa es que el derecho estipulado en favor de una de las partes sea abusivo, y otra distinta establecer si ese derecho fue ejercido en forma abusiva (CSJN, 24-3-1992, “Alberto Luis Lucchini S.A. vs. Macrossa Crothers Maquinarias S.A.”, Fallos 315:406; Rep. E.D. 27-24, n° 3).

Para que ocurran los efectos del actuar abusivo el primer paso consiste en que el juez llegue a la conclusión de que el ejercicio de un derecho es abusivo (LORENZETTI, Ricardo Luis: “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64).

<sup>11</sup> Ver: PEYRANO, Jorge W.: “Abuso de los derechos procesales”, en la obra colectiva “Abuso Procesal”, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 75, específicamente págs. 76.

Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe concluir que, para encontrarle sentido al término "abuso" es necesario escudriñar el contexto en que se utiliza la expresión<sup>12</sup>. En el campo específicamente jurídico, el abuso puede producirse en cualquier actividad jurídica; así, en el ejercicio de un derecho, de una función, como también en el cumplimiento de cargas, deberes, obligaciones, etc.<sup>13</sup>.

En general, el abuso integra la categoría de los “*conceptos jurídicos indeterminados*”<sup>14</sup>; de allí que para determinar sus efectos deben analizarse cuidadosamente las circunstancias particulares de cada caso<sup>15</sup>. En tal sentido se ha señalado que determinar

---

Alterini –quien destaca que el derecho puede apreciarse *in potentia o in acto*, ya estático, ya en la dinámica de su ejercicio, no obstante siempre es el mismo- considera que no es compatible que se sostenga que cuando el abuso no está prohibido por la ley el antijurídico es del ejercicio y no del derecho; el ejercicio no es distinto del derecho mismo, simplemente materializa su contenido (ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. VI, con cita de ORGAZ, Alfredo: “Abuso del derecho”, L.L. 143-1012, específicamente, pág. 1211, nota 7: “La ilicitud (extracontractual)”, Córdoba, Lerner, 1974, pág. 78, nota 48).

Calderón destaca la impropiedad que significa aludir al “abuso del derecho”, desde que el concepto de derecho es intrínsecamente contradictorio con la posibilidad de su abuso, ya en su acepción objetiva (derecho como lo justo, como acción, dación u omisión rectamente debida (, al no ser posible abusar de lo recto, ya en su acepción subjetiva (derecho como facultad o poder jurídico), al dejar de existir el derecho subjetiva en el momento mismo en que empieza a ejercerse abusivamente. Sólo podría hablarse de “abuso del derecho”, agrega, entendiéndolo al último en su acepción normativa (el derecho como norma), en cuyo caso estaríamos ante un verdadero “abuso de las formas legales”, pero rechaza esta manera de concebir al derecho por el reduccionismo que entraña y su visión no del todo congruente con la realidad del mundo jurídico. Por ello considera adecuada hablar de la “conducta abusiva” o el “acto abusivo” para referirnos a todo acto ilegítimo realizado bajo la apariencia del derecho (CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente págs 582-583).

<sup>12</sup> MAFFÍA, Osvaldo J.: “Un caso típico de abuso del proceso”, E.D. 204-607, ap. VII.

<sup>13</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto G.: “Abuso Procesal”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, tomo XLIII, año académico 2004, Córdoba, págs. 107 y ss., específicamente pág. 110.

Dice Maffía que la junción entre los “derechos subjetivos” y el abuso de su ejercicio reduce su ámbito de aplicación, porque hay otras situaciones, para nada exóticas, en que “*puede incurrirse en abuso sin ejercicio de un derecho subjetivo*”, y en general, cuando en niveles públicos y aun privados la competencia del funcionario u órgano se compone de *poderes* en tanto de congruos *deberes* donde el *deber* resulta primordial (Maffía, Osvaldo J.: “Un caso típico de abuso del proceso”, E.D. 204-607, ap. IX).

La acepción jurídica de abuso sería: “una actividad aparentemente lícita, pero que excede los límites impuestos por la justicia, la equidad, la razón, y -a veces- la finalidad; se trataría de un obrar ‘excesivo o anormal’” (ROCCA, Ival: “Abuso del Derecho”, L.L. 104-977, ap. II, n° 3).

Dice Becerra Ferrer que el concepto de abuso es aplicable a todo el ámbito del Derecho; y “cabe el abuso tanto en las leyes, cuanto en las instituciones o en las formas de gobierno. ¿O acaso podría concebirse que sólo las personas físicas particulares cometieran abusos de derecho?” (BECERRA LAMAS, Silvia: “El Abuso del Derecho”, en Revista Notarial, n° 853, año 1980, pág. 2243).

<sup>14</sup> MORELLO, Augusto M.: “El abuso del proceso. El abogado ante la realidad del servicio de Justicia”, en “El derecho y nosotros”, La Plata, Platense, 2000, pág. 65, y en “La eficacia del proceso”, 2° edic., Buenos Aires, Hammurabi, pág. 73, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en su voto como integrante de la CJMendoza, Sala I, 21-2-03, E.D. 202-430, específicamente pág. 439; CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, E.D. 222-398, fallo n° 54.661; MORO, Carlos E.: “*Forum shopping* = nulidad”, E.D. 240-887. CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, Fallos 330:834; E.D. 222-398, fallo n° 54.661.

El abuso del derecho es un concepto relativo, una figura abierta, que dependerá de múltiples factores (TROPEANO, Darío: “Esbozo sobre el abuso en materia concursal”, L.L. 2004-B-1294).

<sup>15</sup> KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, en su voto como integrante de la CJMendoza, Sala I, 21-2-03, E.D. 202-430, específicamente pág. 439.

cuándo se ha pasado del uso al abuso del derecho es una cuestión de hecho para lo que se debe hacer una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real<sup>16</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la valoración de extremos tan generales como es la buena fe, la culpa del deudor, el ejercicio abusivo de los derechos, no queda por razón de su generalidad librada a la actividad discrecional del juzgador, sino que, por el contrario, un imperativo de nuestro sistema exige que tales extremos necesariamente sean apreciados con toda objetividad, es decir, conforme a las circunstancias que el caso concreto exhibe<sup>17</sup>. Ello supone, entonces, un criterio de análisis integral de la situación sin incurrir en parcializaciones o estudios incompletos<sup>18</sup>. Si el razonamiento argumentativo que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica judicial de tal modo que prive una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es, del correcto entendimiento judicial, debe dejarse sin efecto la sentencia recurrida<sup>19</sup>. Debe destacarse que, el art. 3° del nuevo Código Civil y Comercial dice que el “*juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”.

### **La proscripción del abuso**

Generalmente el término “*abuso*” se lo relaciona con el de “*derecho*”, y por eso se habla de “*abuso del derecho*”. Sin embargo –como ya se señaló–, el abuso también puede existir en el desarrollo de cualquier actividad jurídica.

*La proscripción del abuso en las conductas humanas es un postulado que se puede inferir lógicamente del ordenamiento jurídico, por más que no existiera una norma expresa que haga referencia al mismo. Bien puede catalogarse como un "principio general del Derecho"*<sup>20</sup> –sin dejar de reconocer las dificultades que el tema presenta<sup>21</sup>–, que rechaza el

---

Siendo el abuso de derecho mentado por el art. 1071 del código civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas (CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, Fallos 330:834; E.D. 222-398, fallo n° 54.661).

<sup>16</sup> SC Buenos Aires, 23-7-1980, E.D. 90-289.

<sup>17</sup> CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532; SC Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676, 800-SJ.

<sup>18</sup> SC Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676 (800-SJ).

<sup>19</sup> CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532.

Si bien no puede negarse que el ejercicio de un derecho puede tornarse abusivo, es menester analizar en el caso particular y con rigor extremo –atento la excepcionalidad de la situación– las circunstancias o indicios que autoricen dar por configurado tal suerte de ejercicio. Se trata de un recurso extraordinario para los casos en que los medios ordinarios no bastaran para proteger un derecho (CNCiv., Sala A, 22-12-1975, E.D. 67-368).

<sup>20</sup> PEYRANO, Marcos L.: “El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal”, en E.D. 184-1510, específicamente pág. 1511; y en la obra colectiva “Abuso Procesal”, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe,

abuso en cualquier situación o circunstancia (no sólo en el caso de derechos), el que está inmerso en el ordenamiento jurídico aun cuando no exista una norma específica que haga referencia a él<sup>22</sup>; por tal motivo su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal<sup>23</sup>. Si un ordenamiento reconoce derechos y establece imperativos, es para que se haga un adecuado

---

Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 199, específicamente págs. 201/202; citando a Aida Kemelmajer de Carlucci en su obra "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 16, pág. 211; RUZAFÁ, Beatriz S.: "El abuso del Derecho y la conducta procesal abusiva", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 237, específicamente pág. 254; GONZÁLEZ DE PRADA, María y WAYAR, Ernesto C.: "La función creadora del juez: Aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho", E.D. 124-440; LEOFANTI, María A.: "Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva", Revista Jurídica de San Isidro, n° 12-13, pág. 35; SILVA TAMAYO, Gustavo E.: "Abuso de derecho ...¿estatal?", J.A. 2006-II-1412; BALESTRO FAURE, Miryam: "El abuso de los derechos procesales", Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 11-10-2005, 12; L.L. Online cita AR/JUR/2734/2005, ap. X; CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceso", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 21 y "Visión sintética del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil (A propósito del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal)", J.A. 1981-IV-674.

El tema del abuso procesal ingresa en el "proceloso océano de los principios generales del derecho", y que, por ello, la interdicción del abuso siempre formó parte del sistema argentino (art. 16, Cód. Civil) (GARDELLA, Lorenzo: "La conducta procesal abusiva y sus consecuencias jurídicas", Jurisprudencia Santafesina, n° 27, págs. 48/50, citado por KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, en su voto en un fallo de la CJMendoza, 21-2-03, publicado en E.D. 202-430, específicamente pág. 436).

Dice Rambaldo que la norma contenida en el art. 1071 es de carácter *especial* y referida exclusivamente a los supuestos de abuso de derecho, por lo que tiene preeminencia respecto de la categorización de orden general que efectúa el artículo 16, y siendo así, *el ejercicio regular de los derechos subjetivos quedaría elevado a la cima de la pirámide jurídica como norma regente*, expresando el aspecto positivo de la conducta humana, mientras que su opuesto en la unidad dialéctica -el abuso- quedaría como el aspecto negativo y sancionable de esa conducta. Por ello no comparte la tesis de quienes consideran a la proscripción del abuso de los derechos" como principio, sino que considera que la pauta regente es el "ejercicio regular" y que su contrapartida, el abuso, resultaría de la conducta violatoria del principio general (RAMBALDO, Juan Alberto: "El abuso procesal", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 215, específicamente pág. 223).

Prieto Molinero no cree que el abuso del derecho sea un principio general del derecho, sino, más bien, un mecanismo correctivo que ha de ir inserto en el marco de un sistema de Derecho positivo para hacer efectivo ese valor moral básico que es la buena fe en el marco de las relaciones intersubjetivas (PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: "Las tres dimensiones asiológicas del abuso del derecho", L.L. 2010-E-1210, ap. II, B).

Refiriéndose al nuevo Código Civil y Comercial, dice Lorenzetti que el abuso del derecho es un principio general que tiene influencia en todo el sistema del Derecho Privado; y todos los derechos pueden ser juzgados conforme a este criterio (LORENZETTI, Ricardo Luis, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 56 y 57-60).

<sup>21</sup> Abraham Luis Vargas alerta que la utilización del término "*Principio*" abre la puerta a los vientos de la Filosofía del Derecho que traerán ineludiblemente con ellos las polémicas que en dicho ámbito se renuevan constantemente acerca de su caracterización, ya que con acierto se ha dicho que "quizás el único rasgo consensuado sea su *denominación*". Y ejemplo de la complejidad del tema son los criterios distintivos entre normas y principios jurídicos, que Rodolfo Luis Vigo cataloga en diecinueve (VARGAS, Abraham Luis: "El ejercicio abusivo del proceso (Crítico y Relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y Realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 285, específicamente, pág. 291/292).

Mosset Iturraspe señala que puede decirse que el abuso del derecho es: a) un principio general del Derecho; b) un *standard* jurídico; c) norma válvula o "de goma", al decir de los alemanes; lo cierto es que ilumina todo el ordenamiento jurídico (MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I.: "Código Civil", Buenos Aires, Hammurabi, t. 3, 1999, pág. 118).

<sup>22</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto G.: "Abuso Procesal", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", tomo XLIII, año académico 2004, Córdoba, págs. 107 y ss., específicamente pág. 112.

<sup>23</sup> GOZAÍNI, Osvaldo: "La conducta en el proceso", La Plata, Edit. Platense, 1988, pág. 107.

ejercicio o cumplimiento de los mismos; y no para hacerlo "mal"; nunca se establecen normas ni se prescriben conductas para que se cumplan o ejecuten mal. Es contradictorio con la esencia misma del Derecho y de la Justicia la posibilidad de desviación en el ejercicio de las facultades que consagra el ordenamiento jurídico y en el cumplimiento de los imperativos que establece<sup>24</sup>, porque tal desviación no es lo que el Derecho manda, y por lo tanto tampoco es lo que realiza la *Justicia*, que sólo se alcanza con el cumplimiento adecuado de la ley. Por ello ese desvío debe entenderse implícitamente reprobado, como consecuencia de la aplicación del postulado de "*afianzar la Justicia*" que el Preámbulo de la Constitución Nacional ha establecido como uno de los objetivos de la organización de la República<sup>25</sup>; porque la *Justicia*, vale reiterarlo, sólo se alcanza con el cumplimiento adecuado de las normas legales, y no con el mal uso de las mismas; ... el abuso, lejos de contribuir a la Justicia, es un elemento irritante en cualquier relación jurídica, y en especial en el ámbito del proceso; y sobre todo importa un apartamiento de la finalidad de los constituyentes de "*afianzar la Justicia*". El expuesto es el fundamento principal por el cual puede decirse que se trata de un "*principio general del Derecho*", que luego ha encontrado expresión en diversas normas sustanciales y procesales; y si bien es cierto que los "principios generales"

---

<sup>24</sup> Dice Rambaldo que dado el sentido de la voz abuso, parecería razonable considerar que "abuso" y "derecho" constituyen expresiones antagónicas, puesto que el que "usa perversamente" el derecho en realidad no lo está utilizando sino que ha ingresado en el amplio campo de la antijuridicidad, y esa antinomia es la que llevó a decir a Planiol que esta teoría descansa sobre la base de una logomaquia, puesto que -al decir del jurista- "el Derecho cesa donde el abuso comienza", por lo que el abuso de derecho constituiría una contradicción en sí mismo (RAMBALDO, Juan Alberto: "El abuso procesal", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 215, específicamente pág. 216).

Precisamente, por encontrarnos en Derecho, en el plano de la razón, ésta indica que el derecho es necesariamente limitado, que no cabe, en el mismo, el exceso, cualquiera sea su naturaleza: se rechaza el abuso de la autoridad, potestad pública, poder jurídico, derecho público ejercido, o el del sujeto particular; en ambos casos se transgrede el límite, los términos dentro de los cuales puede (legítimamente) ejercerse el derecho (GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, ap. VII, n° 16).

<sup>25</sup> PASTOR, Carlos Daniel: "El abuso procesal", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 57, específicamente págs. 65/66.

El imperativo primordial de los constituyentes fue asegurar el bienestar general, consolidar la paz interior y afianzar la justicia, estableciéndose la prioridad de la Constitución (Constitución Nacional, Preámbulo y art. 31, entre otros) como forma de garantizar el cumplimiento de dichas finalidades, y dándose el carácter de ley suprema de la Nación también a las leyes dictadas en su consecuencia (de donde sería inconstitucional una ley que se opusiera al articulado o a la *finalidad* constitucional); como corolario, las leyes nacionales no podrán convalidar la anarquía, la infelicidad general o afianzar la injusticia. Esto tiene relación con el art. 62 de la ley de arriendos y con el art. 1071 del Código Civil. ... la *finalidad* de los constituyentes fue "asegurar la justicia, bienestar, unidad, etc." y el *medio* fue la Constitución, los órganos de gobierno, etc. Por todas estas mismas razones, el art. 1071 del Código Civil sólo es la ley nacional suprema en cuanto resulte, en consecuencia, de la Constitución: si permitiera el abuso del derecho, se opondría a ella (ROCCA, Ival: "Abuso del Derecho", L.L. 104-977. a - VII, n° 35).

Josserand, quien fue el primero en sistematizar la teoría del abuso del derecho, ha dicho que toda institución tiene un destino que constituye su razón de ser y contra la cual no es lícito levantarse (JOSSERAND, Louis: "De l'esprit des droits et de leur relativité" (Théorie dite de l'abus des droits), 2° edición, Paris, 1939, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Cód. Civil y Leyes Complementarias", Director Belluscio, Coordinador Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 53 y nota 3).

no están condicionados a su recepción positiva<sup>26</sup>, ello no implica una prohibición de que ello ocurra; antes bien, es una forma de ratificar su vigencia; como es, entre otros, el caso del art. 1071 del Código Civil de Vélez modificado por ley 17.711 y de los arts. 9 y 10 del nuevo Código Civil y Comercial que proscriben el abuso del derecho<sup>27</sup>; o las disposiciones procesales que consagran los principios de moralidad (arts 34 inc. 6º, 45 CPCCN) y economía (art. 34 inc. 5º, ap. “e” del CPCCN), el deber de comportarse con lealtad, probidad y buena fe dentro del proceso (art. 34 inc. 5º, ap “d” del CPCCN), etc..

Durante la vigencia del positivismo exagerado se ha apartado la vista y se ha dejado de lado este principio<sup>28</sup>: ha quedado oculto o escondido, o no se lo quería ver; pero ello no significa que no estuviera presente. Han sido los nuevos vientos a partir del siglo pasado, los que han quitado el polvo que lo cubría y le han dado el lugar preeminente que le corresponde, y en especial, en el ámbito del proceso.

## **La proscripción del abuso del derecho**

### **Aspectos Generales**

Conforme se ha destacado, no ha sido fácil la elaboración y caracterización del abuso del derecho: hay quienes le niegan toda razón de ser al instituto; otros le reconocen personería autónoma, dentro del amplio campo de la responsabilidad civil, pero lo combaten; finalmente, los más, lo aceptan con entusiasmo<sup>29</sup>.

Ha existido una gran discusión doctrinaria en torno del abuso del derecho, sobre todo, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Pero, puede decirse que hoy en día, el principio del abuso del derecho ha sido consagrado por todos los ordenamientos del mundo,

---

<sup>26</sup> VARGAS, Abraham Luis: "El ejercicio abusivo del proceso (Crítica y Relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y Realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 285, específicamente, pág. 307).

<sup>27</sup> El art. 1071 -por más que esté materialmente incluida en el Código Civil- determina que su espíritu y trascendencia impregne todo el edificio jurídico; debiendo tenerse presente que el Código Civil argentino, es, en verdad, un repositorio de disposiciones correspondientes a una suerte de "teoría general del derecho", las cuales pueden ser válidamente aplicadas en otros sectores del mundo jurídico (PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, ap. I, con cita de GOZAÍNI, Osvaldo: "La conducta en el proceso", La Plata, Editorial Platense, 1988. Pág. 107).

Con anterioridad a la reforma al art. 1071 del Código Civil por ley 17.711, Salvat entendía que, en principio, la idel que sirve de base a la teoría del abuso del derecho, no podía considerarse absolutamente extraña a las disposiciones del Código Civil y a las fuentes oficiales de ellas (SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", t. II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 7-10).

<sup>28</sup> AIRASCA, Ivana María: "Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 89, específicamente pág. 90.

<sup>29</sup> FLEITAS, Abel M.: "El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino", Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires., 1944, pág. 1; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 6 y 268-269.



sea en forma expresa o implícita, con un criterio amplio o restrictivo<sup>30</sup>. Como señala Orgaz, el principio corrector del abuso del derecho es antiguo; lo reciente es el análisis que, con nuevos y más ricos elementos de juicio, hace la doctrina<sup>31</sup>.

Dice Spota que el abuso del derecho significa “que una persona ejerce su prerrogativa jurídica o un derecho subjetivo, pero desviando los *finalismos* éticos, sociales o económicos que el derecho objetivo ha tenido en cuenta para otorgar o amparar esa prerrogativa jurídica o ese derecho subjetivo<sup>32</sup>”.

Expresa Borda que podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión *abuso del derecho* pero lo que no cabe discutir ya, es que: a) “no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe; los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe”; y b) los derechos “tienen un *espíritu*, que es la razón por la cual la ley los ha concebido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley”. Y concluye que “el derecho no puede amparar ese proceder inmoral”<sup>33</sup>.

Dice Lorenzetti que los derechos son relativos, en un sentido general, ya que no hay posibilidad de ejercerlos de un modo absoluto a costa de cualquier otro interés. Los derechos son relativos, en un sentido estricto, cuando el límite que tienen está dado por otros derechos invocados por otros sujetos. De tal modo, es un supuesto de colisión de derechos, y el límite es externo: la mayor o menor extensión de un derecho está en relación directa con lo que se conceda al otro o con lo que el titular del otro derecho esté dispuesto a conceder. La descalificación del ejercicio de un derecho es también un límite, pero en este caso proviene del derecho mismo: el derecho debe ser ejercido de un modo regular, conforme a la buena fe, las buenas costumbres, los fines de la ley; es decir, que el derecho en su nacimiento contiene un perímetro que el ejercicio posterior no puede transgredir<sup>34</sup>.

Es irrefutable el cuestionamiento lógico expuesto por Planiol en el sentido que si se usa adecuadamente un derecho, el acto es *lícito*, y si se lo sobrepasa, el acto es *ilícito* porque

---

<sup>30</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El Abuso del Derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101.

<sup>31</sup> ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 14 (voz. “Abuso de Derecho”).

<sup>32</sup> SPOTA, Alberto G.: “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, Buenos Aires, Depalma, volumen I, 1975, pág. 52. Señala Spota que el abuso de derecho puede considerarse en los siguientes elementos: a) en el ejercicio de un derecho subjetivo o de una prerrogativa jurídica; y b) en la desviación del fin del derecho objetivo (télisis o teleología jurídica), comprendiéndose el ejercicio de un derecho “de una manera repugnante al sentimiento moral” (cita en este sentido un voto del doctor Borda en fallo de la CNCiv., Sala A, 24-12-1963, E.D. 9-221; J.A.1964-V, fallo 9140).

<sup>33</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 41.

<sup>34</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, poág. 60.

se ha obrado sin derecho<sup>35</sup>. Sin embargo no puede negarse que al menos existen matices o circunstancias que justifican la distinción, es decir, si la contrariedad con la ley aparece o no

---

<sup>35</sup> Ver la transcripción del pensamiento de Planiol expuesta por CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceso", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 35; y por ALTERINI, Jorge Horacio: "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", L.L. 2014-C-1012, ap. X. En el mismo sentido, ver BARASSI, Lodovico: "Instituciones de derecho civil", Barcelona, Bosch, t. I, 1955, pág. 219, Y BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel: "Obligaciones civiles", México Harla, 1983, p. 277, citados por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 14-15.

Orgaz prefiere no admitir categorías distintas de la licitud o de la ilicitud. (ORGAZ, Alfredo: "La ilicitud (extracontractual)", Córdoba, Lerner, 1973, págs. 17-18); dice que si la ley ha puesto límites al ejercicio de los derechos, es indudable que quien rebasa estos límites no *abusa* ya del derecho, sino que, más radicalmente, obra *sin derecho* y comete un acto ilícito de orden común (ORGAZ, Alfredo: "Abuso del derecho", L.L. 143-1210, ap. 7). Coincidentemente, Alterini opta por la designación que contrapone al obrar jurídico, que es el conforme a Derecho, el contrario a Derecho, o sea el *antijurídico* (ALTERINI, Jorge Horacio: "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", L.L. 2014-C-1012, ap. X y XI). Este último autor dice que es innegable que con la introducción del actual art. 1071 con la ley 17.711 la conducta característica de quien incurre en el designado como abuso del derecho es claramente ilícita por estar prohibida por la ley, pues ésta no lo "ampara", pero considera que pudo haberse llegado a similar conclusión antes de plasmarse ese texto, con el auxilio de una razonable hermenéutica, y que incluso podría hacérselo en el presente, con prescindencia de dicha norma, a través de meritarse al Derecho en su globalidad y no sólo aprisionado por el cerrojo de la ley en sentido formal.

Ramella dice, refiriéndose al art. 1071 del Código Civil que si el mismo establece que el ejercicio regular de un derecho no puede constituir como ilícito ningún acto, es de entender, razonando *a contrario sensu*, que sí lo constituye el ejercicio irregular, o sea, aquel que contraría los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Aclara que los efectos del acto abusivo trasciende la esfera de la responsabilidad civil, puesto que aparte de la obligación de indemnizar trae aparejado otras consecuencias (RAMELLA, Anteo E.: en "Reformas al Código Civil (Ley 17.711)", Curso de Estudio y debate organizado por el Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial de la Prov. de Santa Fe, Rosario, Orbir, 1968, pág. 97-98).

Coincidentemente, Prieto Molinero dice que la ilicitud en el abuso del derecho reside, pues, en el hecho de ejercer una prerrogativa legal de una manera que es reputada "abusiva" y no por la prerrogativa en sí; todo lo cual lo lleva a que, cuando el abuso tenga lugar, no estaremos dogmáticamente hablando frente a un acto "abusivo", sino, lisa y llanamente ante uno ilícito. Señala, siguiendo a Orgaz, que "todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos" (ORGAZ, Alfredo: "La ilicitud", Córdoba, Lerner, 1973, pág. 28): no hay base jurídica para establecer categorías intermedias (PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: "Las tres dimensiones axiológicas del abuso del derecho", L.L. 2010-E-1210, ap. II, C, 3).

Existe una posición que considera que el acto abusivo es una "*especie del acto ilícito*". Así lo califica Carranza, quien fundamenta su posición señalando que si el derecho objetivo condena la acción abusiva, ésta pasa a constituir una acción contraria al derecho que choca contra el confín legal, convirtiéndose en un hecho ilícito ya que se ha violado un deber jurídico, aunque la ilicitud de que aquí se trata tenga cierta ilegitimidad interior por la defectuosa persecución de un fin que la ley ha tornado obligatorio. Mientras el ilícito genérico o propiamente dicho la ilicitud, es inicial (*ab initio* condenable), en el abuso del derecho hay un arranque legítimo de la conducta representada por la titularidad del que abusa, en cuya virtud se observa en un comienzo los términos conceptuales de la facultad de que se trata produciéndose después su desviación con el propósito de dañar (CARRANZA, Jorge A.: "El abuso del derecho en la reforma del Código Civil", en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", La Plata, Platense, 1971, pág. 31).

El ejercicio de un derecho se convierte, cuando es abusivo, en un acto ilícito, que es causa de la obligación de reparar el daño producido. Ahora bien: en tal supuesto, el abuso de derecho es una especie de acto ilícito (LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1978, pág. 59 y tomo IV-B, 1980, pág. 433).

En este mismo sentido, Fernández Sessarego dice que el abuso del derecho constituye, en realidad, un acto ilícito *sui generis* que se produce por la transgresión de un genérico deber a cargo del titular del derecho. Es decir, el abuso del derecho deja de pertenecer, como tradicionalmente se lo consideraba, al área de los actos lícitos para pasar a colocarse, en cambio en aquella otra de los actos ilícitos. Se trata de un específico tipo de ilicitud; una modalidad de la genérica ilicitud pero con características que permiten especificarla. Por ello propugna que se lo denomine "acto ilícito abusivo" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 35-36 y 155-165).

clara y manifiesta desde el inicio del acto<sup>36</sup>, para lo cual es necesario una investigación y una decisión judicial, jugando al respecto un papel importante la tarea interpretativa de los jueces, quienes, son los que deben valorar las circunstancias particulares de cada caso para determinar si existe o no un ejercicio abusivo<sup>37</sup>. Por lo tanto, nos encontramos en presencia de un ilícito civil una vez que el ejercicio de un derecho ha sido comprobado y declarado abusivo<sup>38</sup>; pero mientras ello no ocurra, no puede calificárselo como ilícito al acto respectivo; y es esta diferente situación lo que justifica que se mantenga la distinción entre el acto abusivo y el ilícito por tratarse aquél de un supuesto particular o especial, que, además, trae aparejado otras consecuencias, aparte de la obligación de indemnizar cuando se dan los presupuestos propios<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre el tema ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 61 y 70.

Dice Salvat que es indudable que todos los derechos son limitados y que desde el momento que se exceden los límites o las condiciones de su ejercicio, se obra ya sin derecho. Pero la cuestión del abuso del derecho no concierne, hablando con exactitud, a estos casos, sino a aquellos en que el sujeto actúa dentro de los límites y condiciones de su derecho; ¿se incurre en responsabilidad en estos casos? Tal es la verdadera cuestión que la doctrina de Planiol deja sin resolver (SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil Doctrina Esenciales, tomo II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 4).

Ibarlucía, a su vez, señala que el acto abusivo, a diferencia del acto ilícito, no es ilícito en su nacimiento, sino que se torna abusivo, o ilícito si se considera lo abusivo como una variante de la ilicitud (el autor se refiere al fallo de la CSJN en la causa "Grupo Clarín" -5-10-2010, Fallos 333:1885- y a la posibilidad de obtener la revocación de una medida cautelar -antes de que haya sentencia sobre el fondo- por el sólo hecho de haberse desnaturalizado su carácter esencialmente provisorio por su desmesurada extensión temporal) (IBARLUCÍA, Emilio A.: "Medidas cautelares y abuso del derecho", L.L. 2010-F-1).

El art. 1071 del Cód. Civil reformado por ley 17.711 es inaplicable cuando lo que se cuestiona son los términos del acto o contrato, considerándolos ilícitos, abusivos o contrarios a la moral y las buenas costumbres, porque de encontrarse configurados dichos vicios la contrariedad con el derecho es inicial y en cambio en la institución del llamado abuso del derecho, hay un arranque legítimo, produciéndose luego la desviación de los propósitos (CApel.Civ.Com. Bahía Blanca, Sala II, 21-3-1995, L.L. Buenos Aires 1995-702).

<sup>37</sup> Siendo el abuso del derecho mentado por el art. 1071 del Código Civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas (CSJN, 15-3-2007, "Arcángel Maggio S.A.", Fallos 330:834).

La invocación del abuso del derecho y de la buena fe requiere que el juzgador aprecie tales extremos en forma objetiva, es decir, de acuerdo a las circunstancias que cada caso concreto exhibe (CCiv.Com. y Garantías en lo Penal, Necochea, 23-2-2000, L.L. Buenos Aires, 2000-767).

Para que ocurran los efectos del actuar abusivo el primer paso consiste en que el juez llegue a la conclusión de que el ejercicio de un derecho es abusivo (LORENZETTI, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64).

<sup>38</sup> Dicen Mosset Iturraspe y Piedecasas que el que abusa actúa sin derecho, fuera del derecho acordado y, por ende, en violación del ordenamiento; de ahí la ilicitud del abuso y la responsabilidad emergente (MOSSET ITURRASPE, Morge y PIEDECASAS, Miguel, en "Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil", comentario al art. 1071, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, pág. 59).

Véscovi señala que "el uso de los derechos es lo lícito, mientras que el abuso es ilícito" (VÉSCOVI, Enrique: "El Abuso del Derecho en el ámbito del Proceso Civil", JUS, n° 32-33, año 1982, La Plata, Lib. Edit. Platense, pág. 101, n° 2.1).

López Mesa opina que el acto abusivo es un acto "lícito disfuncionalmente ejercido" (LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, págs. 277-279).

<sup>39</sup> La conducta abusiva debe aparecer inequívoca, que no quepa duda alguna de que se pretende ejercer el derecho en forma irregular, con intención de perjudicar y que el daño ocasionado haya sido grave y de tal magnitud que remata en una notoria injusticia (CNCiv., Sala G, 3-7-2001, E.D. 194-531).

Hay quienes han expresado su temor por el amplio margen de poder que se le otorga al juez en la determinación de cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo<sup>40</sup>, lo que puede poner en peligro la autonomía de la voluntad y el dominio de sus derechos, y ser motivo de inseguridad. Pero, como advierte Borda, no son justificados los temores de quienes así piensan, pues la experiencia muestra en forma elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder<sup>41</sup>. Además, y sobre todo en aquellos países donde está legislado el instituto, los jueces están sujetos a los parámetros legales y doctrinarios sobre esta figura, lo que limita el margen de discrecionalidad y la posibilidad de incurrir en arbitrariedad<sup>42</sup>. En este aspecto no debe dejarse de destacar que, según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces, como servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial. Pero, también ha señalado nuestro más Alto Tribunal que, para evitar soluciones notoriamente disvaliosas, una norma debe ser interpretada “*considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional*”, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de la causa<sup>43</sup>; es decir, en la interpretación debe tomarse también en cuenta la necesidad de adaptar el texto legal a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar cuál ha sido el pensamiento de hace cien años de los autores<sup>44</sup>.

La teoría del abuso del derecho tradicionalmente ha sido analizada como un aspecto de la responsabilidad civil. Sin embargo, como ya se destacó, en la actualidad se la considera como un tema propio de la “*Teoría General del Derecho*”<sup>45</sup>; y resulta aplicable a todo el

---

<sup>40</sup> Sobre el tema, ver *infra* el Título “El rol del juez en la determinación del abuso del derecho”.

<sup>41</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 41-42; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “Abuso del derecho”, Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 7-8.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “Abuso del derecho”, Buenos Aires Astrea, 1992, pág. 9.

<sup>43</sup> CSJN, 6-11-80, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284, L.L. 1981-A-401, con nota del Licenciado Julio Raúl Méndez: “Reflexiones jus filosóficas en torno al trasplante de órganos”, con cita de los precedentes de Fallos, t. 255, p. 360 (año 1963, “Hisisa Argentina S.A.”); Fallos t. 258, p. 75 (año 1964, “Puloil S.A. – Noguera Isler, Enrique”); t. 281, p. 146 (año 1971, “Nación vs. NN y/o Varela, Juan Pedro”); Fallos t. 302:813, (31-7-1980, “Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza” del 31 de julio de 1980.

<sup>44</sup> CSJN, “AVICO vs. De la Pesa”, citado por CONDORELLI, Epifanio J. L.: “Del abuso y la mala fe dentro del proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 39.

<sup>45</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B--1101, ap. IV, n° 14; CONDORELLI, Epifanio J. L.: “Visión sintética del abuso del derecho en el ámbito del proceso civil (A propósito del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal)”, J.A. 1981-IV-674, II; “Del abuso y la mala fe dentro del Proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 21.

ámbito jurídico<sup>46</sup>, es decir, a todas las ramas del ordenamiento jurídico (derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.)<sup>47</sup>. Se trata de un postulado general, con aspectos comunes, y otros específicos según la rama a que se refiera. El hecho que haya sido desarrollada particularmente por el Derecho civil no importa apropiación del instituto, ni significa que resulte inaplicable a las demás ramas del Derecho; en todo caso, en cada materia presentará sus variantes propias.

### **Criterios para determinar el abuso del derecho**

Para determinar cuándo existe abuso del derecho se han ensañado diversas teorías, unas ponen la atención en el aspecto *subjetivo*; otras en el aspecto *objetivo*, y finalmente existe una posición *mixta*. Entre las principales<sup>48</sup>, pueden citarse las siguientes:

#### **Teorías subjetivas**

Las teorías subjetivas, a fin de identificar el abuso del derecho, atienden principalmente a la situación del sujeto que incurre en el abuso. Entre ellas, cabe distinguir las siguientes:

a) *Intención de causar un perjuicio (animus nocendi)*: según esta posición incurre en abuso del derecho aquella persona que, sin salirse del marco de su derecho, lo ejercita con el fin de perjudicar a otro, con la voluntad de causar un daño, y lo consigue<sup>49</sup>, criterio que ha sido receptado en varias legislaciones (Alemania, México, etc.)<sup>50</sup>. Dentro de esta posición

---

<sup>46</sup> BECERRA LAMAS, Silvia: "El Abuso del Derecho", *Revista Notarial*, n° 853, año 1980, pág. 2243; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, ap. 7.

<sup>47</sup> GOZAÍNI, Osvaldo: "La conducta en el proceso", La Plata, Edit. Platense, 1988, pág. 107.

Dice Becerra Ferrer que el concepto de abuso es aplicable a todo el ámbito del Derecho; y "cabe el abuso tanto en las leyes, cuanto en las instituciones o en las formas de gobierno. ¿O acaso podría concebirse que sólo las personas físicas particulares cometieran abusos de derecho?" (BECERRA LAMAS, Silvia: "El Abuso del Derecho", en *Revista Notarial*, n° 853, año 1980, pág. 2243).

<sup>48</sup> Peralta Maristal detalla otras teorías de menor peso doctrinario y prácticamente abandonadas como las siguientes: del exceso ilegítimo, de la extralimitación, del acto ilícito, del enriquecimiento sin causa, de la mala fe y del riesgo creado (PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V).

<sup>49</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, págs. 54-55; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 125-126; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, pág. 300; SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", t. II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 5; ORGAZ, Alfredo: "Abuso del derecho", L.L. 143-1210, ap. 2; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, ap. 2; LORENZETTI, Ricardo Luis, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 62.

<sup>50</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, págs. 54-55; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires Astrea, 1992, págs. 125-126.

En Alemania, el BGB, par. 226 dispone: "El ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona" (ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El Abuso del Derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, I, nota 22).

hay dos variantes: una que considera que siempre que exista la intención de perjudicar, existe abuso del derecho; y la otra entiende que si, además del ánimo de perjudicar, existe el ánimo de lograr un beneficio para sí, no existe abuso del derecho<sup>51</sup>.

Se ha calificado esta teoría como peligrosa, en cuanto exige a la parte la prueba de algo muy difícil, como es la acreditación de las intenciones del agente

b) *Comportamiento negligente*: esta posición entiende que el acto abusivo se caracteriza por el comportamiento negligente del agente que incurre en el abuso, de cuya conducta derivan perjuicios para terceros<sup>52</sup>; es decir, el titular del derecho ha obrado sin la atención y el cuidado necesarios para no lesionar los derechos de otros: cuando el titular obra con culpa grave ello es suficiente para calificar el abuso del derecho, porque se aplica el principio que equipara esa culpa al dolo; pero cuando la culpa es leve, hay algunas disidencias: algunos entienden que sólo se da el abuso cuando existe “culpa grave”, pero, en general, se admite que la culpa leve es también suficiente para configurar el abuso<sup>53</sup>.

La principal crítica que ha merecido esta teoría es que quita identidad al acto abusivo al identificarlo prácticamente con el acto ilícito<sup>54</sup>.

c) *Falta de interés legítimo*: esta posición caracteriza al acto abusivo como aquél que realiza el agente sin utilidad o interés apreciable y legítimo para el que lo realiza<sup>55</sup>; porque si no hay interés o, más aún, cuando existe un interés ilegítimo, la justicia no puede prestar su apoyo para el ejercicio del derecho<sup>56</sup>. El término “interés” se lo utiliza en un sentido amplio

---

<sup>51</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 55.

<sup>52</sup> BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 44; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, pág. 300; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, ap. 2; LORENZETTI, Ricardo Luis, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 63.

<sup>53</sup> SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", t. II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 5; ORGAZ, Alfredo: "Abuso del Derecho", L.L. 143-1210, ap. 2.

<sup>54</sup> CONDORELLI, Epifanio J. L.: "El abuso del derecho", La Plata, Platense, 1971, pág. 22; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 127.

<sup>55</sup> De acuerdo a este criterio, habría abuso del derecho cuando ha sido ejercido sin interés alguno y con el solo propósito de perjudicar a terceros (BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 43; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, pág. 300; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, ap. 2; LORENZETTI, Ricardo Luis, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 63).

El art. 1912 del Código del Distrito Federal Mexicano dispone: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho" (ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "El Abuso del Derecho. Estudio de Derecho Comparado", L.L. 1990-B-1101, I).

<sup>56</sup> SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", t. II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 5.

y no limitado al aspecto económico<sup>57</sup>. Esta posición se inspira en la definición de Ihering que dice que los derechos son intereses jurídicamente protegidos<sup>58</sup>.

Se ha criticado esta teoría porque los actos realizados sin interés alguno son excepcionales, ya que generalmente un interés guía a su autor<sup>59</sup>.

### Teorías objetivas

Estas teorías se basan, para caracterizar el abuso del derecho, en aspectos de naturaleza objetiva. Así:

a) *Ruptura del equilibrio*: según esta posición existe abuso del derecho cuando la conducta del agente produce una ruptura del equilibrio de los intereses de los sujetos vinculados. Esta teoría ha sido sostenida por algunos doctrinarios franceses<sup>60</sup>.

b) *Ejercicio anormal de un derecho*: esta posición considera que existe abuso cuando se ejercita un derecho en forma anormal, es decir, contrariando los fines de la norma que lo concede o los fines del ordenamiento jurídico, contrariando el espíritu de la ley (criterio finalista o funcional), o en forma reñida con la buena fe, la moral y las buenas costumbres (criterio ético)<sup>61</sup>.

### Teorías mixtas

Estas teorías consideran que renuncia a dar un criterio para caracterizar el abuso del derecho, y lo deja librado a la determinación por parte del juez en cada caso<sup>62</sup>. En otros casos

---

<sup>57</sup> Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 127-128; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, págs. 56-57.

<sup>58</sup> SALVAT, Raymundo M.: "Teoría del abuso del derecho", en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales", t. II, 233; L.L. Online cita AR/DOC/3952/2007, ap. 5; YORIO, Elvira Martha: "El abuso del derecho" en Revista Notarial, n° 853, 1980, pág. 2223, específicamente pág. 2228.

<sup>59</sup> BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 43. Se pone por ejemplo al usurero que no busca perjudicar a la víctima sino que sólo le interesa beneficiarse.

<sup>60</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 57.; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V.

<sup>61</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, págs. 57-60; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 129-131; SPOTA, Alberto: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, Depalma, t. I, vol. 2, pág. 304 y 317-318; BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, págs. 44-45; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, pág. 301; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: "Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos", J.A. 1992-IV-799, ap. V; LORENZETTI, Ricardo Luis, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 63.

<sup>62</sup> Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, págs. 60-61; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: "Abuso del derecho", Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 131-135; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, pág. 301.

En el I Congreso Nacional de Derecho Civil, sobre la base de una ponencia elaborada por Henocho D. Aguiar, se estableció que la doctrina del abuso del derecho debía ser acogida por la ley civil "en forma más precisa y práctica que la adoptada por otras legislaciones civiles" tendiendo a "un ejercicio del derecho en mayor armonía con su fin económico, individual y social" (Actas, Córdoba, U.N.C., 1928, pág. 184)

se incluye la definición funcional y la intención de dañar; o se conjuga la regla de la buena fe con la intención nociva<sup>63</sup>; tanto el Código Civil argentino modificado por ley 17.711 (art. 1071) como el nuevo Código Civil y Comercial (art. 10) acuden alternativamente al criterio finalista, y a los standards de buena fe y moral y buenas costumbres<sup>64</sup>, etc. Peralta Mariscal defiende esta posición aduciendo que ninguno de los criterios apuntados resulta suficiente para fundamentar y caracterizar los supuestos de configuración del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos; y salvo las teorías erróneas, todas aportan elementos importantes que el juzgador debe tener en cuenta al momento de decidir<sup>65</sup>.

**El art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 y el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial**

El Código Civil modificado por ley 17.711 ha regulado el abuso del derecho en el art. 1071, cuyo primer párrafo dispone: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”*. Y el segundo párrafo se refiere al abuso del derecho y agrega: *“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*<sup>66</sup>. Conforme se ha señalado, la citada norma establece una doble

---

(CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente pág. 567).

En el II Congreso Nacional de Derecho Civil, Rafael Bielsa se pronunció absolutamente en contra de cualquier legislación general sobre el abuso del derecho, en razón de que “existe una imposibilidad práctica de determinar con criterio objetivo lo que es abuso del derecho, cuándo empieza el abuso, qué lo caracteriza” (“Actas”, pág. 167). Hernán Cortez apoyó esta posición (págs. 184 y ss.) (Ver ORGAZ, Alfredo: “Abuso del Derecho”, L.L. 143-1210, ap. 5, nota 16; CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente pág. 571).

<sup>63</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 2.

<sup>64</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7.

Dice Lorenzetti que el nuevo Código Civil y Comercial mantuvo la redacción prevista por el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711, en virtud de que existe una interpretación doctrinaria y jurisprudencia consolidada y firme, que no aconsejaban modificación. Y dispone de varios criterios para descalificar el ejercicio de un derecho por abusivo: la regularidad, los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, la buena fe, la moral y las buenas costumbres (LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64).

<sup>65</sup> PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: “Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos”, J.A. 1992-IV-799, ap. V.

<sup>66</sup> El art. 1071 del Código Civil, reformado por ley 17.711, niega protección al ejercicio abusivo de los derechos en exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (CNCiv., Sala B, 17-7-1969, E.D. 32-454; Id. Id., 4-11-1969, E.D. 33-75; Id. Id., 20-11-1969, E.D. 35-139).

El ordenamiento jurídico no puede desentenderse del modo abusivo como se intente ejercer un derecho, siendo evidente que la actuación del sujeto no debe resultar chocante a las ideas medias de moral, a las buenas costumbres y a los principios de la buena fe, como así tampoco debe significar una desnaturalización de los fines tenidos en cuenta por el legislador (CNCom., Sala A, 25-3-1985, E.D. 117-261).



directiva para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho: **a)** una primera, que se relaciona con la índole del derecho que se ejerce –y se sigue la opinión de Porcherot y de Josserand-, dice que “hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento”, como dice acertadamente la ley 17.711; **b)** la segunda directiva es “más amplia y traslada a esta situación –el ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral”, y califica como abusivo “el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”<sup>67</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene una norma específica sobre el tema en el “Título Preliminar”: se trata del art. 10 ubicado en el Capítulo 3 referido al “Ejercicio de los derechos”. Dice el primer párrafo del citado artículo: “*Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto*”. El segundo párrafo agrega: “**La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres**”. Y el último párrafo dice: “*El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”.

Se puede advertir que el primer párrafo del art. 10 del nuevo Código sigue prácticamente al texto del art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711. El segundo párrafo del nuevo artículo también sigue, con algunas variantes, el segundo párrafo del art.

---

Para que exista abuso de derecho el ejercicio que de éste haga su titular debe ser socialmente objetable; es la conciencia jurídica material, los estándares valorativos de la comunidad los que indicarán lo disvalioso o abusivo del accionar. Por eso la norma se refiere al ejercicio de derecho que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho o al que exceda los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071 cód. Civil) (CNCiv. Sala M, 21-6-1991, E.D. 152-364).

<sup>67</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “Abuso del derecho”, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 267-268. CNCiv., Sala B, 27-12-1991, L.L. 1992-E-276 y DJ 1993-1-266; CNCCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394; CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-11-1994, L.L. 1995-D-658; C1° Civ.Com. Tucumán, 29-9-1980, L.L. Online cita AR/JUR/4384/1980.

Para discernir cuándo se hace uso abusivo de un derecho, hay que sujetarse a dos directivas: la primera específica y relacionada con la índole del derecho, cuando se lo ejerce contrariando los fines de su institución, y la otra más amplia, está dada por la necesaria subordinación del orden jurídico al moral, cuando al ejercitarlo se exceden los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (C1° Civ.Com. Tucumán, 29-9-1980, L.L. Online cita AR/JUR/4384/1980).

La ley sólo tolera el ejercicio regular de los derechos y no ampara el ejercicio abusivo de los mismos. Se considera tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-11-1994, L.L. 1995-D-658).

1071 anterior<sup>68</sup>. Y el art. 10 del nuevo Código, agrega el tercer párrafo vinculado a la actuación del juez para “evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”.

La primera diferencia a remarcar entre ambos artículos, de carácter metodológico, la señala la Comisión Redactora quien explica que al abuso del derecho “se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar”; esta metodología, agrega, “cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular” (ap. III, 6, 3)<sup>69</sup>.

En cuanto al texto de los segundos párrafos de ambas normas, la primera diferencia a destacar es que el art. 1071 utiliza la expresión “*al que*” para describir el ejercicio abusivo de los derechos, mientras que el art. 10 utiliza la expresión “*el que*”.

La segunda diferencia es que el art. 1071, para describir lo que es el ejercicio abusivo de los derechos, utiliza los verbos en el tiempo presente del modo subjuntivo (“contraríe”, “exceda”); en cambio el art. 10 del nuevo Código describe la conducta en el tiempo presente del modo indicativo (“contraría”, “excede”).

Pero la tercera y principal diferencia está en las dos expresiones que describen el primer supuesto de ejercicio abusivo de un derecho: el art. 1071 considera que tal es el que “*contraríe los fines que aquella –la ley- tuvo en mira al reconocerlo*”; en cambio el art. 10 del nuevo Código dice que el ejercicio abusivo de los derechos es el que “*contraría los fines del ordenamiento jurídico*”.

Otras diferencias que contiene el nuevo ordenamiento, según lo resalta también la propia Comisión Redactora del nuevo Código Civil y Comercial es que, además del clásico “*abuso en el ejercicio de un derecho*” por parte de su titular, presenta otras manifestaciones del instituto: a) la “*situación jurídica abusiva*”, que surge del tercer párrafo del art. 10 y 1120 del nuevo Código, y que “es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales”, pero que, en conjunto, permiten calificar de tal modo a la situación (ap. III, 6, 3)<sup>70</sup>, institución que se ha considerado novedosa y que proviene de las elaboraciones de la doctrina argentina en

---

<sup>68</sup> Conforme ya se ha señalado, Lorenzetti señala que el nuevo Código Civil y Comercial mantuvo la redacción prevista por el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711, en virtud de que existe una interpretación doctrinaria y jurisprudencia consolidada y firme, que no aconsejaban modificación (LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64; “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 2012-C-581, ap. 6, c.).

<sup>69</sup> Conf. LORENZETTI, Ricardo L.: “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 2012-C-581, ap. 6, c.

<sup>70</sup> Conf. LORENZETTI, Ricardo L.: “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 2012-C-581, ap. 6, c.

materia de relaciones de consumo<sup>71</sup>; b) el “*abuso de posición dominante en el mercado*”, que está legislado en el art. 11<sup>72</sup>; y c) el “*abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva*”, regulado en el art. 14, 2º párrafo<sup>73</sup>; d) las *cláusulas abusivas* en los contratos (art. 988), e).

Finalmente, otra cuestión importante de recalcar es que el último párrafo del art. 11 del Código Civil y Comercial contiene prescripciones para el juez, estableciendo que “*debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva*” y si correspondiere, “*procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. Esta norma asigna tres funciones al Juez: a) *preventiva* o *precautoria* en tanto establece que “*debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva*”; b) función *restauradora* o de *recomposición* en cuanto prescribe que el juez, si correspondiere, debe “*procurar la reposición al estado de hecho anterior*”; c) función *resarcitoria* o *indemnizatoria*, ya que prevé en la última parte que el juez, si correspondiere, debe “*fijar una indemnización*”<sup>74</sup>.

Con relación a la fijación de una indemnización, es decir, en cuanto a la forma o sistema de reparación de los daños, el art. 1083 del Código Civil (modificado por ley 17.711) dice que el “*resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero*”<sup>75</sup>. El nuevo Código

---

<sup>71</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 61.

<sup>72</sup> Dice Lorenzetti que para dar coherencia al sistema se ha incluido este supuesto, que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, razón por la cual se lo menciona en texto separado. Agrega luego que el “ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que *se trata de la posición en el mercado*. El fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiere sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia” (LORENZETTI, Ricardo L.: “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 2012-C-581, ap. 6, c)

<sup>73</sup> Dice Lorenzetti que el art. 14 del nuevo Código Civil y Comercial que el abuso también puede darse cuando el ejercicio pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 61).

<sup>74</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, tomo I, 2014, págs. 88-89; LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64.

<sup>75</sup> Es decir, la norma consagra como principio general la reparación *in natura* (o en especie) cuando dice que el resarcimiento de daños consistirá “en la reparación de las cosas a su estado anterior”. Como excepción a este principio general, la disposición transcripta permite la indemnización en dinero en dos supuestos: a) cuando fuera imposible volver las cosas al estado anterior; b) cuando el acreedor optare por la indemnización en dinero no obstante ser posible la reparación *in natura*, c) también ha admitido la doctrina la indemnización en dinero cuando volver las cosas al estado anterior resultare excesivamente oneroso, dado que nadie puede ejercer abusivamente su derecho (art. 1071 Cód. Civil) (LOUTAYF RANEA, Roberto G. y COSTAS, Luis: “La acción civil en sede penal”, Buenos Aires, Astrea, 2002, pág. 765, § 449; ver también páds 35 y ss, § 18, d;

Civil y Comercial establece en el art. 1740, que lleva por título “*Reparación plena*”, lo siguiente: “*la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcialmente o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión al honor, la intimidad o la identidad persona, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable*”<sup>76</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, conforme se ha señalado, las normas que proscriben el abuso del derecho -por más que estén materialmente incluidas en el Código Civil- determinan que su espíritu y trascendencia impregne todo el edificio jurídico; el Código Civil argentino, es, en verdad, un repositorio de disposiciones correspondientes a una suerte de “*Teoría general del derecho*”, las cuales pueden ser válidamente aplicadas en otros sectores del mundo jurídico<sup>77</sup>. En sentido coincidente se ha dicho que el art. 1071 no distingue entre derechos “sustanciales” y derechos “procesales” por lo que dicho principio es aplicable en y para nuestros procedimientos judiciales y para los restantes ordenamientos sustanciales<sup>78</sup>.

Destaca Richard que el “abuso de derecho aparece como un *antivalor*”<sup>79</sup>. También se ha dicho que la buena fe, el abuso del derecho (al igual que la lesión y la teoría de la imprevisión) son remedios en cuya vigencia está interesado el *orden público* y la *moral social*, y de ahí su imperatividad incompatible con una renuncia anticipada. En consecuencia, allí donde está la injusticia debe procurarse su resolución equitativa de manera prudente y sin violentar la seguridad jurídica<sup>80</sup>.

---

SILVIA Y. TANZI: “Límite de la pretensión” (costo de las reparaciones superior al valor del vehículo en el mercado), L.L. 2000-A-368).

<sup>76</sup> Esta norma reproduce en parte el texto del art. 1083 en la versión de la ley 17.711; y la última parte está tomada también del art. 1071 bis. El nuevo artículo habla de “*reparación plena*” en lugar de “*reparación integral*” porque esta última es un objetivo prácticamente inalcanzable en cuanto resulta imposible borrar todo el daño, razón por la que es mejor decir reparación plena, que desde el principio admite que pueden quedar daños sin indemnizar. Mientras en el sustituido art. 1083 era claro que la regla era “la reposición de las cosas a su estado anterior...”, en el nuevo Código el principio parece ser el opuesto ya que si la víctima tiene ahora la opción por el pago en especie, resulta lógico inferir que ello es porque el principio general es la indemnización en dinero (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, Coordinador Mariano Esper, Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, 2014, págs 1070-1073).

<sup>77</sup> PEYRANO, Jorge W.: “¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?”, E.D. 159-925, ap. I, con cita de GOZAÍNI, Osvaldo: “La conducta en el proceso”, La Plata, Editorial Platense, 1988. Pág. 107.

<sup>78</sup> KIELMANOVICH, Jorge A.: “El abuso del derecho en las medidas cautelares”, L.L. 2012-E-1208.

<sup>79</sup> RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, E.D. 252-451, ap.VII.

<sup>80</sup> CApel.Civ.Com. Santa Fe, Sala III, 27-11-1984, E.D.116-175.

Rezzónico ha expresado que sea cual fuere el criterio más exacto para caracterizar el “abuso del Derecho”, sea que se adopte el criterio “finalista o funcional” preconizado por Josserand y difundido en nuestro país especialmente por Spota; sea que se entienda configurado, como dice Borda, cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe, contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano, y que no puede admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral y dañino, a nombre del derecho; sea que se caracterice el ejercicio abusivo de un derecho por la falta de un interés serio y legítimo; sea cualquiera de ellos el criterio que se elija para discernir o calificar el acto “abusivo”, es indudable que en todos ellos subyace el concepto de que “la buena fe” debe presidir en la realización de todos los derechos y la realización o funcionamiento de las prerrogativas individuales debe ser la expresión de la razón y de la conciencia y el cumplimiento del fin para cuyo logro han sido reconocidas esas prerrogativas<sup>81</sup>.

### **Supuestos de ejercicio abusivo de los derechos o prerrogativas jurídicas**

Tanto el primer párrafo del art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 como del art. 10 del nuevo Código Civil, establecen, como principio, que sólo el ejercicio “regular” de un derecho o prerrogativa legal está protegido<sup>82</sup>, es decir, el ejercicio adecuado a los fines que se han tenido en mira al reconocerlo y con sujeción a los principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres<sup>83</sup>.

De acuerdo al art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial, son supuestos de ejercicio abusivo de un derecho los siguientes:

- a) cuando contraría los fines del ordenamiento jurídico (el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17. 711 dice: cuando contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos);
- b) cuando excede los límites impuestos por la buena fe (el art. 9° lleva por Título “Principio de buena fe” y dice que “Los derechos deberán ser ejercidos de buena fe”);
- c) cuando excede los límites impuestos por la moral; y
- d) cuando excede los límites impuestos por las buenas costumbres.

---

<sup>81</sup> REZZÓNICO, Luis María: “El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral”, L.L. 122-280, ap. III, 2.

<sup>82</sup> BORDA, Guillermo A.: “La reforma del Código Civil. Abuso del Derecho”, E.D. 29-723, ap. II.

La ley sólo tolera el ejercicio regular de los derechos y no ampara el ejercicio abusivo de los mismos (CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-11-1994, L.L. 1995-D-658).

Para merecer el amparo legal el ejercicio de una prerrogativa reconocida legalmente debe ser regular, esto es, adecuado a los fines que se han tenido en mira al reconocerla y con sujeción al principio de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (SCJ Buenos Aires, 1-7-1980, L.L. 1981-A-133; CJ BA 119-437).

<sup>83</sup> CNCiv., Sala A, 31-10-1979, L.L. 1980-A-587; CApel.Civ.Com. Rosario, Sala III, 24-10-1979, L.L. Online cita AR/JUR/1593/1979

Salvo en el primer supuesto, en los demás coinciden el art. 10 del nuevo Código Civil con el art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711.

Conforme ya se destacara, el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 –y ahora también el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial- hacen una combinación de criterios para la determinación del acto abusivo: adopta como determinante el criterio finalista u objetivo, y se lo conjuga con la buena fe, la moral y las buenas costumbres<sup>84</sup>.

Dice Richard, interpretando el texto del art. 2º del nuevo Código Civil y Comercial, que los “*principios*” y “*valores*” se plantean como dos categorías diferenciables; y que el texto del art. 10 cuestiona todos los contravalores, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos, e impone la visión bipolar de esos valores y principios; pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo<sup>85</sup>.

### Ejercicio que contraría los “fines del ordenamiento jurídico”

#### *El art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711*

Como ya se ha destacado, el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 considera como ejercicio abusivo de un derecho al que “*contraría los fines que aquella –la ley- tuvo en mira al reconocerlo*”.

Según la opinión de Llambías, ya transcripta, “hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el *objeto* de su institución, a su *espíritu* y a su *finalidad*; cuando se lo desvía del *destino* para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los *fines* de su reconocimiento” (el resaltado no es del original)<sup>86</sup>.

Interpretando este artículo también se ha dicho que, de acuerdo a un criterio más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, hay abuso del derecho cuando éste se ha ejercido en contra de los *fines económicos y sociales* que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó: se trata de un enfoque *finalista* o *funcional* sostenido por prestigiosos tratadistas e

---

<sup>84</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 45; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “Abuso del derecho”, Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 267-268. CNCiv., Sala B, 27-12-1991, L.L. 1992-E-276 y DJ 1993-1-266; CNCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394; CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-11-1994, L.L. 1995-D-658; C1ºCiv.Com. Tucumán, 29-9-1980, L.L. Online cita AR/JUR/4384/1980.

<sup>85</sup> RICHARD, Efraín Gugo: “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, E.D. 252-451, ap. II y VII.

<sup>86</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302.

incorporado a la legislación positiva de varios países<sup>87</sup>. Por el contrario, habiendo concordancia entre el fin que el titular del derecho se propuso alcanzar y el *espíritu* que anima a la norma que lo ampara, no puede afirmarse que su uso haya sido abusivo ni desviado de la función que justifica su existencia<sup>88</sup>.

Sobre el tema se ha señalado<sup>89</sup> que si bien el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto, el art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711 señala enfáticamente que la “*ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*”; y se considera tal el que contraría los *finés* que aquella tuvo en mira el reconocerlos o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; es que como lo señala Jossierand<sup>90</sup>, los “derechos tienen un *espíritu*, que es la razón por lo cual la ley los ha concebido; tienen una misión, no llevan en sí mismos su *finalidad*, sino que ésta los desborda, al mismo tiempo que los justifica”.

También se ha señalado que ninguna facultad legal o contractual puede ejercerse

---

<sup>87</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 44; THOMPSON, Roberto: “Consideraciones filosóficas en torno al abuso del derecho”, E.D. 105-868. Destaca este último autor que el art. 1071 del cód. civil modificado por ley 17.711 ha seguido casi literalmente al jurista francés Jossierand, quien ha influido de manera directa en la reforma.

Con cita de Borda, se ha dicho que el texto del art. 1071 expresa el criterio finalista, que Jossierand ha explicado mejor que nadie, diciendo: “Los derechos tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley lo ha concebido; tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda, al mismo tiempo que los justifica”. Por lo tanto, cuando ellos han sido desviados de la finalidad que los inspira, dejan de merecer la protección legal (CNCiv., Sala F, 20-3-1973, E.D. 51-576; CApel.Civ.Com., Rosario, Sala III, 21-6-1982, E.D. 102-173; BORDA, Guillermo A.: “La Reforma de 1968 al Código Civil”, Buenos Aires, 1971, pág. 131, a).

El abuso del derecho queda configurado: a) porque se ejerce el derecho de una manera repugnante al sentimiento moral; b) porque se lo desvía de los fines en vista de los cuales se lo ha concedido (CNCiv., Sala A, 24-12-1963, E.D. 9-221).

Ninguna facultad legal o contractual puede ejercerse legítimamente con un propósito extraño a la tutela del interés que resguarde, ocasionando a terceros un daño excepcional que excede el marco ordinario de las relaciones jurídicas. Los jueces no pueden, sin incurrir en arbitrariedad, prestar amparo a derechos que, por más que deriven de expresos textos legales o de cláusulas contractuales, se ejerzan fuera de su función económica y social y de la finalidad para la cual han sido instituidos, ni cuando su titular desvía el poder que la ley da al reconocerle el derecho subjetivo, empleándolo con un fin distinto de la defensa del interés que ese derecho está destinado a proteger (CNCiv., Sala F, 28-6-1985, E.D. 117-634).

En un sentido omnicompreensivo, acto abusivo es aquel que ejercido en los límites normales de la actuación del derecho acordado por la ley, desvirtúa o menosprecia los fines y valoraciones sociales y económicas sin los cuales la legislación deja de ser el derecho vivo, desviándose de la realidad jurídica (Spota: “Tratado de Derecho Civil”, t. I, vol. 2º, p. 8). Desde otro punto de vista, cuando se ejerce sin exceder los límites objetivos fijados por la ley, pero que por su móvil o intención dañosa se aparta de la finalidad social o económica que el legislador tuvo en mira al reconocer tal derecho (CApel. Junín, 26-9-1968, E.D. 26-276).

Para que exista abuso de derecho el ejercicio que de éste haga su titular debe ser socialmente objetable; es la conciencia jurídica material, los estándares valorativos de la comunidad los que indicarán lo disvalioso o abusivo de tal accionar. Por eso la norma se refiere al ejercicio del derecho que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho o al que exceda los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071, 2ª parte, cód. civil) (CNCiv., Sala M, 21-6-1991, E.D. 152-364).

<sup>88</sup> CNCiv., Sala D, 18-5-1973, E.D. 51-539. En este fallo se agrega que no cualquier daño es suficiente para configurar el abuso de derecho, es menester que sea grave, desproporcionado; es necesario que medie una injusticia notoria y repugnante al sentimiento moral para que el juez pueda negar su apoyo a quien esgrime una disposición legal.

<sup>89</sup> CNCiv., Sala B, 30-5-1986, E.D. 121-433.

<sup>90</sup> JOSSERAND, Louis: “Derecho Civil”, Buenos Aires, t. I, vol. L, núm 162.

legítimamente con un propósito extraño a la tutela del interés que resguarde, ocasionando a terceros un daño excepcional que excede el marco ordinario de las relaciones jurídicas<sup>91</sup>. La actuación del sujeto que intenta ejercer un derecho no debe resultar chocante a las ideas medias de moral, a las buenas costumbres y a los principios de la buena fe, como así tampoco debe significar una desnaturalización de los fines tenidos en cuenta por el legislador<sup>92</sup>.

Se puede advertir en los fallos transcriptos que se alude tanto a la “*finalidad de la ley*” como al “*espíritu de la ley*”, que son dos de los criterios utilizados para caracterizar el abuso del derecho, siendo este último una variante del anterior<sup>93</sup>. El primer criterio, y sobre todo, en su formulación por el art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711, se refiere a los fines que la ley “tuvo” al momento de su sanción; es el criterio sostenido por Molina, quien funda su posición en el tiempo verbal utilizado por la norma, la que al aludir a los fines que la ley “tuvo”, se está refiriendo a una época pasada<sup>94</sup>. En cambio, el criterio que hace referencia al “*espíritu de la ley*” parte de considerar que una ley, una vez sancionada, se independiza del legislador que la dictó, y en su interpretación deben tomarse en consideración las finalidades existentes al momento de su aplicación<sup>95</sup>; este último es el criterio sostenido por Josserand<sup>96</sup> en la última etapa de su evolución, quien ha dicho que los “derechos tienen un espíritu, que es la razón por lo cual la ley los ha concebido; tienen una misión, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda, al mismo tiempo que los justifica”<sup>97</sup>.

Resulta interesante destacar sobre este tema las reflexiones de Kemalmajer de Carlucci respecto a la teoría que dice que es abusivo el ejercicio contrariando las “finalidades

---

<sup>91</sup> CNCiv., Sala F, 28-6-1985, E.D. 117-634, 532- SJ.

<sup>92</sup> CNCCom., Sala A, 25-3-1985, E.D. 117-261.

<sup>93</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Augusto C. Belluscio Director, Eduardo A. Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, págs. 57-59.

<sup>94</sup> MOLINA, Juan C.: “Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil”, Buenos Aires, Astrea, 1969, pág. 90, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Augusto C. Belluscio Director, Eduardo A. Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 57.

<sup>95</sup> Se ha dicho, con relación al art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 que “debió hacer referencia a los ‘fines de la norma’, o a los ‘fines perseguidos por el ordenamiento jurídico’ o, en fin, al ‘espíritu de la legislación de este Código’ art. 14 inc. 2º Cód. Civil) o al ‘espíritu de la ley’ (art. 16, Cód. Civil) en cualquier caso, sin someter la pauta valorativa a un anclaje histórico, pues es deber del jurista, precisamente, hacer útil el significado histórico de las reglas” (DE LORENZO: Miguel Federico: “Abuso de derecho y pretérito indefinido”, L.L. 2009-C-1339, cita online AR/DOC/1628/2009; conf. ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. XIII).

<sup>96</sup> JOSSERAND, Louis: “Derecho Civil”, Buenos Aires, t. I, vol. L, núm 162.

<sup>97</sup> CNCiv., Sala B, 30-5-1986, E.D. 121-433; Id., Sala F, 20-3-1973, E.D. 51-576; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Augusto C. Belluscio Director, Eduardo A. Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, págs. 58-59; BORDA, Guillermo: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 41.



de la ley”. Considera que el criterio contenido en el art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711 es sumamente “vago y genérico, puesto que las leyes casi nunca declaran y ni siquiera insinúan con qué finalidad reconocen los derechos a las personas, por lo que en muy pocos supuestos esos fines podrían ser conocidos. Por lo demás, para esto no se necesitaba de un precepto expreso en la ley, sino que bastaba con la vía común de la interpretación de las leyes. Además, los derechos se conceden porque se han cumplido los presupuestos de hecho necesarios para que se produzca la adquisición, modificación, transferencia o extinción de ellos, y ‘se los concede, no para fines prefijados o inflexibles, sino para que el titular los goce y ejerza libremente’”<sup>98</sup>. Agrega esta autora que esta posición –en el fondo – supone “volver al sistema interpretativo de la voluntad del legislador; pero recuérdese que una vez sancionada la ley, ésta se independiza de su autor. Parecería, en consecuencia, que es a los fines actuales a los que el ejercicio debe adaptarse. Los autores insisten en que es necesario que la jurisprudencia capte las necesidades existentes en el momento de la aplicación de la ley”<sup>99</sup>. Sin embargo, expresa luego, “esta interpretación también deja flancos a la crítica; se ha dicho que hace del abuso del derecho una teoría conservadora, pues estanca la reforma de las leyes, dejando toda suerte de la evolución jurídica en manos del juez”<sup>100</sup>. Por lo demás, el margen de apreciación judicial se hace entonces muy extenso, lo que hace temer que se caiga en arbitrariedad. Es que en el fondo de la disputa se encuentra ‘la rivalidad que se supone que existe entre un legislador que ha concedido un derecho y el juez a quien se presume proclive a cercenarlo’”<sup>101</sup>. Y con relación a la teoría que considera abusivo el ejercicio de un derecho cuando contraría “su espíritu”, dice que sustituye la idea del legislador por la del ideal colectivo del momento, y que la misma merece las mismas críticas que la anterior ya que no existen diferencias sustanciales<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 58, con cita de ORGAZ, Alfredo. “Abuso del derecho”, L.L. 143-1219, n° 8. Dice Orgaz en el trabajo citado (n° 9) que la adopción de la “buena fe” y las “buenas costumbres”, con más las de los “fines” y la “moral”, todas de carácter abstracto e impreciso, arroja gran inseguridad sobre los derechos individuales, que nuestra Ley Suprema ha querido asegurar como su más alto valor.

<sup>99</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 58, con cita de CARRANZA, Jorge A.: “Abuso del derecho (arts. 1071, 2513 y 2514 del Código Civil según la ley 17.711, J.A. 3-1969-678).

<sup>100</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 58 con cita de LAQUIS, Manuel A.: “El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil”, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 21, pág. 359.

<sup>101</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 58, con cita de LÓPEZ OLACIREGUI, Jose M. “Efectos de la ley con relación al tiempo. Abuso del derecho y lesión subjetiva”, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 21, pág. 81.

<sup>102</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, págs. 58-59.

*El art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial*

El art. 10, segundo párrafo del nuevo Código Civil y Comercial cambia aquella expresión y señala como ejercicio abusivo de un derecho el que “*contraría los fines del ordenamiento jurídico*”.

La Comisión redactora del nuevo Código expresa para justificar el cambio que realiza que “el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido ‘histórico’. En su reemplazo se emplea la noción de ‘*fines del ordenamiento*’ que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo” (ap. III, 6.3). Aclara la Comisión que la modificación resulta coherente con las reglas de interpretación propuestas en el art. 1º; y que “*los fines actuales del ordenamiento*” incluyen “no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos”, y es “coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar” (III, 6, 3). Mantiene el nuevo Código como ejercicio abusivo de los derechos “*el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”.

Rabbi-Baldi Cabanillas considera inconveniente la referencia que hace el art. 10 del nuevo Código a los “*fines del ordenamiento*” en tanto veda acudir a la voluntad legislativa, no sólo porque es útil y frecuente entre los operadores jurídicos, sino porque el sentido de los derechos es imprescindible para advertir si se ha incurrido en abuso de ellos, lo que no es suplido por la nueva fórmula demasiado amplia<sup>103</sup>.

Sin dudas la expresión contenida en el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial es una fórmula amplia en cuanto, para determinar si el ejercicio de un derecho es abusivo o no, se debe consultar los fines de todo el ordenamiento jurídico y no sólo los que tuviera en mira la ley de donde surge el derecho que se ejerce. La nueva expresión no excluye la consulta a los fines que tuvo en cuenta la ley al reconocer un derecho para advertir si una conducta es abusiva o no, ya que, si la norma sigue vigente (lo que es de suponer porque la parte la invoca para ejercer un derecho), ella forma parte del ordenamiento jurídico; por otro lado, el art. 2º del nuevo Código dice que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta “*sus palabras, sus finalidades, ...*” a más de “*las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos*”, agregando al final “*de modo coherente con todo el ordenamiento*”<sup>104</sup> (el término “*coherente*” significa,

---

<sup>103</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Julio César Rivera y Graciela Medina, Directores, Mariano Esper Coordinador, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, tomo I, 2014, págs. 87-88.

<sup>104</sup> Dice Richard que tener en cuenta las palabras y las finalidades de la ley importa señalar que las palabras de la ley excluyen la intención de los legisladores que la redactaron. Las finalidades se corresponden al engarce

según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: “que tiene coherencia”; y a la “*coherencia*” la describe como “conexión, relación o unión de una cosa con otras”<sup>105</sup>). Sobre el tema destaca la Comisión Redactora del nuevo Código que al incluir la expresión “*finalidades*” de la ley, ha dejado con ello “de lado la referencia a la intención del legislador”; de este modo, agrega, “la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación” (ap. III, 4.2). Es decir, si bien en la primera expresión transcrita de la Comisión Reformadora se manifiesta con claridad que se ha dejado “de lado la referencia a la intención del legislador”, el párrafo siguiente ya no es tan categórico en ese sentido, ya que al decir que la tarea interpretativa “*no se limita* a la intención histórica u originalista” (el resaltado nos pertenece), está admitiendo la posibilidad de que se haga tal consulta, lo que importa no excluirla, más allá de que a continuación pone énfasis en que la interpretación debe tomar en consideración las “finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”. Por lo tanto, del texto de los arts. 2 y 10 del nuevo Código y de lo expuesto por la Comisión Redactora pareciera que no queda prohibida la consulta a las finalidades de la ley, ni a la intención o voluntad del legislador<sup>106</sup>, apareciendo esta última

---

constitucional de las normas, a la congruencia con el sistema general –leyes análogas- y a principios de justicia y equidad. Y las palabras, muchas veces, no tienen significado preciso si no se las ubica en su contexto. Agrega este autor que “los principios” y “los valores jurídicos” se plantean como dos categorías diferenciables (RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, E.D. 252-451, ap. II).

<sup>105</sup> En muchos fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la interpretación de una norma debe guardar coherencia con el sistema en que ella está engarzada. Así:

Más allá de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación, la ley debe ser interpretada indagándose su verdadero alcance mediante un examen de sus términos que consulte la racionalidad de la norma, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (CSJN, 17-4-2007, “Sociedad Anónima Cinematográfica S.A. vs. Bentivogli Hijos S.R.L.”, Fallos 330:1785).

Es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (CSJN, 20-5-2008, “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) vs. Catamarca, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 331:1262).

Entre los criterios de interpretación posibles no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de cada uno, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (CSJN, 30-3-2004, “Brutti, Stella Maris c/ D.G.I.”, Fallos 327:769).

No debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (CSJN, 4-7-2003, “Pluspetrol S.A. vs. D.G.I.”, Fallos 326:2095).

Los jueces no pueden prescindir en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada norma (CSJN, 5-3-2003, San Luis, Provincia de vs. Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos T. 326, P. 417).

<sup>106</sup> En varios fallos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador” (CSJN, 21-4-1992, “Kamenszein, Víctor J. vs. Fried de Goldrin, Malka”, Fallos 315:790; Id., 19-5-1999, “Craviotto, Gerardo Adolfo vs. Estado Nacional – PEN – Ministerio de Justicia de la Nación”, Fallos 322:752. También ha dicho que La primera regla

normalmente plasmada en los debates parlamentarios o en las “exposiciones de motivos”, y que muchas veces resultan útiles para conocer el sentido y alcance de la ley, tal como lo tiene señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>107</sup>, quien también destacó que la “misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas”<sup>108</sup>. Parece claro, entonces, que sólo correspondería prescindir de las finalidades de la ley que concedió el derecho o de la voluntad del legislador cuando ellas, según una interpretación sistemática, sea contraria a los “*finis del ordenamiento jurídico*” al momento de su aplicación; o lo que es lo mismo, debe hacerse una interpretación que sea “*coherente*” con todas las normas del ordenamiento jurídico (art. 2 y 10 del nuevo Código Civil y Comercial), dándole, conforme se ha señalado, utilidad actual a cada regla más allá de su significado histórico<sup>109</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la luz de la legislación anterior, tiene dicho que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera “*que armonicen con el ordenamiento jurídico restante*” y con los principios y garantías de la Constitución Nacional<sup>110</sup>. También ha señalado nuestro más Alto Tribunal que una norma debe ser interpretada “*considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional*”, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa<sup>111</sup>; que en la interpretación debe tomarse también en cuenta la necesidad de adaptar el texto legal a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál ha sido el pensamiento de

---

de interpretación de la ley consiste en respetar la voluntad del legislador, y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que ha utilizado (CSJN, 16-5-1995, “Bolaño, Miguel Ángel vs. Benito Roggio e hijo S.A.”, Fallos 318:1012. Conf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato: “Teoría del derecho”, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2013, pág. 311.

<sup>107</sup> CSJN, 13-11-1990, “Santiago del Estero, Provincia de vs. Estado Nacional y/o Yacimiento Petrolíferos Fiscales”, Fallos 313:1149; Id., 29-9-1998, “Cereales Asunción S.R.L. vs. Administración Nacional de Navegación y puertos de la República paraguaya”, Fallos 321:2594; Conf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato: “Teoría del derecho”, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2013, pág. 311.

<sup>108</sup> CSJN, 16-5-1995, “Bolaño, Miguel Ángel vs. Benito Roggio e hijo S.A.”, Fallos 318:1012.

<sup>109</sup> DE LORENZO: Miguel Federico: “Abuso de derecho y pretérito indefinido”, L.L. 2009-C-1339, cita online AR/DOC/1628/2009; conf. ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuricidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. XIII.

<sup>110</sup> CSJN, año 1971, “Nación vs. N.N. y/o Varela, Juan Pedro”, Fallos 281:146.

Los antecedentes parlamentarios o discusiones y debates legislativos no justifican que se atribuya a las normas legales excediendo la clara inteligencia de su texto, un alcance que las invalide constitucionalmente (CSJN, año 1964, “Puloil S.A. – Noguera Isler, Enrique vs. Nación”, Fallos 258:75).

<sup>111</sup> CSJN, 6-11-80, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284, L.L. 1981-A-401, con nota del Licenciado Julio Raúl Méndez: “Reflexiones jus filosóficas en torno al trasplante de órganos”, con cita de los precedentes de Fallos, t. 255, p. 360 (año 1963, “Hisisa Argentina S.A.”); Fallos t. 258, p. 75 (año 1964, “Puloil S.A. – Noguera Isler, Enrique”); t. 281, p. 146 (año 1971, “Nación vs. NN y/o Varela, Juan Pedro”); Fallos t. 302:813, (31-7-1980, “Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza” del 31 de julio de 1980.

hace cien años de los autores<sup>112</sup>. Es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma<sup>113</sup>. Es decir, el criterio expuesto por nuestro Tribunal Címero -en cuanto a que la interpretación de la ley debe guardar armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico en su totalidad-, ya ponía de resalto lo que luego ha consignado el texto del nuevo Código Civil y Comercial.

Resulta en este aspecto importante la función de los jueces en la determinación del abuso del derecho<sup>114</sup>, quienes, como lo expresara Borda, deben hacer una interpretación flexible de las normas, adaptándola a las nuevas circunstancias sociales; deben dirimir los conflictos humanos conforme a Derecho, aprehendiendo la ley a través del prisma de la justicia, la equidad, el derecho natural. El juez no tiene frente a la ley un papel pasivo. Integra el orden jurídico, está inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no sólo una justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales. Y agrega que “no sólo se trata del papel corrector del orden jurídico que tienen los jueces, sino de su misión esencial de dar a cada caso concreto, a cada pleito sometido a su decisión, el fallo que mejor se ajuste a la razón y a la justicia”<sup>115</sup>.

### *Ejercicio que excede los límites de la buena fe*

#### *Generalidades*

Tanto el art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711 como el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial consideran abusivo el ejercicio de los derechos que excede los “límites impuestos por la buena fe, ...”.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el ejercicio de todo derecho debe tener lugar dentro de los límites impuestos por la buena fe, traspasados los cuales aquél deviene abusivo y no resulta amparado por la justicia<sup>116</sup>. Incluso Alterini ha llegado a decir

---

<sup>112</sup> CSJN, "AVICO vs. De la Pesa", citado por CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceso", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 39.

<sup>113</sup> CSJN, 20-5-2008, "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) vs. Catamarca, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 331:1262.

<sup>114</sup> Sobre el tema, ver *infra* el título "El rol del juez en la determinación del abuso del derecho".

<sup>115</sup> BORDA, Guillermo A.: "Acerca de la posesión legítima y el abuso del derecho", E.D. 55-202, ap. II.

<sup>116</sup> CSJN, 15-5-1986, "Estado Nacional Argentino, Sec. de Estado de Justicia vs. S.A. Las Palmas del Chaco Austral", Fallos 308:778; Rep.E.D. 20-A-254, n° 1.

El art. 1071 del Código Civil, reformado por ley 17.711, niega protección al ejercicio abusivo de los derechos en exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (CNCiv., Sala B, 17-7-1969, E.D. 32-454; Id. Id., 4-11-1969, E.D. 33-75).

que si en una comunidad pudiera existir una sola norma jurídica ella debería imponer el “comportamiento de buena fe”<sup>117</sup>.

Todo ordenamiento jurídico, ha destacado un fallo, se articula según valoraciones positivas que se proyectan hacia ideales puros como el principio de buena fe, que funciona con el carácter de directiva alrededor de la cual la comunidad orienta y apoya sus vivencias. Y es frente a este principio ético, donde con claridad se advierte la vinculación entre la *moral* y el *derecho*, porque si la buena fe se nos aparece como un principio metajurídico que correspondería preponderantemente a la moral, también él se exterioriza como imperativo ético jurídico, que operando en el ámbito del obrar intersubjetivo, desciende desde el módulo axiológico erigido en categoría de principio hasta el comportamiento concreto del obrar. La buena fe veda bastardear la ley mediante el abuso del derecho, que sirva para establecer si medió o no una conducta de las partes reñida con los fines éticos, sociales, económicos y técnicos de las prerrogativas o facultades jurídicas que surgen de la ley, del contrato y de los derechos subjetivos<sup>118</sup>. La Corte Suprema ha dicho que tanto el “*derecho*” como la “*moral*” tienen un fundamento ético común, aunque constituyen dos sistemas diferentes de valoración<sup>119</sup>.

La buena fe, el abuso del derecho, como la lesión y la teoría de la imprevisión son remedios en cuya vigencia está interesado el *orden público* y la *moral social*, y de ahí su imperatividad incompatible con una renuncia anticipada. En consecuencia, allí donde está la injusticia debe procurarse su resolución equitativa de manera prudente y sin violentar la seguridad jurídica<sup>120</sup>.

#### *Aplicación a todo el ordenamiento jurídico*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como

---

<sup>117</sup> ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, cita online AR/DOC/1361/2009, ap. XVI, con cita del trabajo de su propia autoría “Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”, Editorial La Ley, marzo 2004, Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVIII, Segunda Época, Número 41, Buenos Aires, 2004, p. 328.

<sup>118</sup> CNCom., Sala B, 8-5-1987, E.D. 125-230, consid. 37 del voto del doctor Morandi al que adhieren los doctores Williams y Carvajal.

<sup>119</sup> CSJN, 4-8-1988, “Automóviles Saavedra S.A. vs. Fiat Argentina S.A.”, Fallos 311:1337.

Dice Bueres que la moral se encuentra fuera del Derecho, a pesar de que éste la recoja en ciertos casos al considerar que lo bueno es justo. El sutilísimo distingo justifica ontológica y técnicamente la separación aunque es preciso señalar que el hecho de que la moral sea a la vez jurídica (*ética revestida de juridicidad*) en la estimativa judicial y hasta veces en la propia ley (que tasa algunos casos de objeto inmoral), determina que ambas especies converjan, se aproximen hasta juntarse (sin confundirse) (BUERES, Alberto J., EN bueres, Alberto J. y HIGHTON, Elena I.: “Código Civil”, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2 B, pág. 580).

<sup>120</sup> CApel.Civ.Com. Santa Fe, Sala III, 27-11-1984, E.D.116-175.

privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura<sup>121</sup>; que la buena fe y rectitud son exigibles en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho<sup>122</sup>; que el principio cardinal de la buena fe rige por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho público<sup>123</sup>. Destaca López Mesa que el maestro Marco Aurelio Risolía había dicho alguna vez que la buena fe es como el agua lustral en que se baña íntegro el derecho; no hay resquicio del ordenamiento jurídico al que la buena fe no llegue; domina todo el tráfico jurídico, no sólo dentro de la órbita estricta del derecho privado, sino incluso en el derecho público<sup>124</sup>.

La Comisión redactora expresamente ha señalado que se ha propuesto regular la “buena fe” como “un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos” (Ap. III, 6, 2), y así lo ha hecho al regular el “*principio de la buena fe*” en el art. 9º, el que textualmente dice: “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”.

#### *Concepto de “buena fe”*

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define a la “buena fe” como “rectitud, honradez”; y referida al Derecho dice: “criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho”; también agrega: “en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”. Por el contrario, define a la “mala fe” como “dobleza, alevosía”; y en el ámbito del Derecho la conceptualiza como “malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien”. A la expresión “de buena fe” la define como “con verdad y sinceridad”; y a la expresión “de mala fe”, como “con malicia o engaño”<sup>125</sup>.

Como advierte López de Zavalía, el concepto de “buena fe”, como los de “buenas

---

<sup>121</sup> CSJN, 21-9-1989, “Cía. Azucarera Tucumana S.A. vs. Estado Nacional”, Fallos 312:1725, E.D. 135-392; Id., 18-7-2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. vs. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, Fallos 325:1787.

La buena fe ha devenido en un elemento técnico del derecho y está en la base de los ordenamientos jurídicos siendo aplicable en consecuencia por su valor genérico (CNCom., Sala B, 8-5-1987, E.D. 125-230, consid. 37 del voto del doctor Morandi al que adhieren los doctores Williams y Carvajal).

<sup>122</sup> CSJN, 6-10-1998, “Unola de Argentina Ltda vs. Y.P.F. y BANADE”, Fallos 321:2683.

El proceso judicial no puede ser un “juego de sorpresas” que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (CSJN 2-12-2014, “Kersich, Juan Gabriel vs. Aguas Bonaerenses S.A.”, E.D- tomo 263, revista del 2-7-2015 (Ambiental), fallo nº 193, con cita del siguiente precedente del mismo Tribunal: 14-10-2008, “Lavezzari, Alberto Pedro”, Fallos 331:2202).

<sup>123</sup> CSJN, 24-11-1988, “Almacenes del Plata S.A.C. vs. Administración General de Puertos”, Fallos 311:2385; Rep.E.D. 23-101, nº 4.

<sup>124</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Director Marcelo LÓPEZ MESA, Coordinador Ramiro ROSALES CUELLO, Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2012, pág. 223.

<sup>125</sup> RICHARD, Efraín Hugo: “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, E.D. 252-451, ap. II; CASANOVA DE CABRIZA, Alicia Nora: “La buena fe, clave de la solución alcanzada a través de la UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally exported cultural objects (Rome, 1995)”, L.L. Online cita AR/DOC/5371/2010, ap. I.

costumbres”, “equidad” son inmediatamente inteligibles, pero sumamente difíciles de concretar en formulas<sup>126</sup>. Sin embargo, sobre el concepto de “buena fe” se han hecho diversas conceptualizaciones. Así, se ha dicho que la “buena fe” se caracteriza como la convicción de obrar conforme a derecho<sup>127</sup>. Las palabras “buena fe” significan confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refiere sobre todo al cumplimiento de la palabra dada<sup>128</sup>.

Se ha diferenciado a la “buena fe objetiva” de la “buena fe subjetiva”<sup>129</sup>. Con la objetiva se alude a ciertas normas y criterios de lealtad, corrección, rectitud, honestidad, probidad; y con la “subjetiva” a un estado de conciencia, aunque ambos criterios no son impermeables. A veces la ley exige la coincidencia objetiva de la conducta, y otras se refiere al estado subjetivo<sup>130</sup>.

#### *Presunción de buena fe*

Como principio, la buena fe se presume: existe una presunción general de buena fe, aunque no haya sido formulada expresamente en el Código Civil, aunque en diversos artículos se ha hecho de ella aplicaciones particulares (p. ej. arts. 2362 y 4008)<sup>131</sup>.

El Código Civil modificado por ley 17.711 alude a la buena fe principalmente en los arts. 512, 786, 972, 1071, 1198, 1201, 2202, 2356, 2362, 2412, 2423, 2426, 2428, 2568, 2588, 2778, 4006 y 4008, y han sido las modificaciones introducidas por la citada ley a los arts. 1071 y 1198 las que incorporaron a la buena fe a modo de norma<sup>132</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial legisla al respecto en los arts. 9 y 10. El primero lleva por título “Principio de buena fe” y prescribe que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Y el art. 10, cuyo título es “Abuso del derecho” describe como ejercicio abusivo de los derechos “el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas

---

<sup>126</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: “Teoría de los contratos. Parte General”, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1971, pág. 240.

<sup>127</sup> LAVALLE Cobo, Jorge E. en “Código Civil y Leyes Complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, tomo 5, 1994, pág. 906, § 11, con cita de ALSINA ATIENZA, Dalmiro: “El principio de la buena fe en el Proyecto de Reformas de 1936”, Buenos Aires, 1942, I, n° 2, pág. 4; CCiv.Com. Mercedes, Sala II, 1-6-1979, L.L. 1979-C-360.

Buena fe es la convicción o persuasión de haber obrado dentro de la ley o de estar al amparo de ella (ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41).

<sup>128</sup> CNCom., Sala A, 14-2-1974, E.D. 54-513.

<sup>129</sup> LÓPEZ FIDANZA, Alberto J.: “El principio de la buena fe”, LA LEY 2004-E-1201.

<sup>130</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: “Teoría de los contratos. Parte General”, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1971, pág. 240.

<sup>131</sup> SC Buenos Aires, 7-9-1965, E.D. 14-803.

<sup>132</sup> CASANOVA DE CABRIZA, Alicia Nora: “La buena fe, clave de la solución alcanzada a través de la UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally exported cultural objects (Rome, 1995)”, L.L. Online cita AR/DOC/5371/2010, ap. I; conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Contratos”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1997, págs. 305-306.



*costumbres*”<sup>133</sup>.

La jurisprudencia y doctrina han señalado que, como regla, la buena fe se presume<sup>134</sup> en todos los ámbitos del derecho<sup>135</sup>, y la presunción de buena fe es aplicable a todas las relaciones jurídicas<sup>136</sup>. No es bueno, lícito ni jurídico, sospechar por principio la deslealtad<sup>137</sup>; si se desconoce la presunción de buena fe, queda establecida la de mala fe, la de que la conducta fue maliciosa; y ello no puede ser la regla en el derecho, porque nos llevaría a pensar mal de toda acción humana<sup>138</sup>. La buena fe debe presumirse, porque es principio aplicable a todas las relaciones jurídicas el de que las personas obran con lealtad<sup>139</sup>.

En sentido coincidente se ha dicho que la buena fe se presume, salvo que las particularidades del caso impongan una presunción contraria<sup>140</sup>; que la buena fe es principio dominante en todos los institutos que legisla el código civil; que la buena fe en las acciones humanas se presume existente mientras una prueba contraria no aniquile esa presunción<sup>141</sup>; que constituye un principio casi omnicompreensivo, en el ámbito del derecho civil, que la buena fe se presume hasta que el contradictor demuestre lo contrario, pues debe partirse del presupuesto de que toda persona guía su conducta por las normas morales legales (arts. 2362 y 4008, Cód. Civil)<sup>142</sup>. En consecuencia, la presunción de buena fe puede ser destruida por prueba en contrario<sup>143</sup>; la prueba de la mala fe incumbe a quien la invoca<sup>144</sup>; quien la niega debe demostrar su inexistencia<sup>145</sup>.

Sin embargo, se ha señalado también que esta regla de la presunción de la buena fe no es tan absoluta ni inflexible como aparece enunciada, pues tal presunción no es más que

---

<sup>133</sup> Los principios del abuso del derecho y de la buena fe habían sido sustentados por la jurisprudencia antes de ser concretamente expresados en la reforma del código civil (CNCom., Sala A, 11-9-1973, E.D.184.

<sup>134</sup> CNCiv., Sala C, 7-5-1968, E.D. 27-828; Id. Id., 26-3-1985, L.L. 1985-C-330; Id., Sala F, 8-4-2008, L.L. 2008-E-105; CNCiv., Sala L, 28-4-1995, L.L. 1996-A-329; CNFed.Civ.Com., Sala II, 26-6-1984, L.L. 1985-B-569 (36.839-S); E.D.112-399. Conf. ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41.

<sup>135</sup> CNCiv., sala C, 7-5-1992, “M., A. V. c. D. O. R.”, L.L. 1993-A-104, DJ 1992-2-429, L.L. Online cita AR/JUR/630/1992.

<sup>136</sup> CNCiv., Sala F, 4-12-1980, E.D. 122-657, 902-SJ; Id., Sala B, 21-5-1987, E.D. 131-375.

<sup>137</sup> CNCiv., Sala B, 21-5-1987, E.D. 131-375; Id., Sala F, 4-12-1980, E.D. 122-656, 902-SJ.

<sup>138</sup> CNCiv., Sala F, 4-12-1980, E.D. 122-656, 902-SJ; Id., Sala B, 21-5-1987, E.D. 131-375.

<sup>139</sup> CNCiv., Sala B, 21-5-1987, E.D. 131-375.

<sup>140</sup> ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41.

<sup>141</sup> C1ªCiv.Com. La Plata, sala II, 22-6-1972, E.D. 48-335.

<sup>142</sup> C2ªCiv.Com. La Plata, Sala I, 31-5-1994, DJBA 147-159, citado en “Código Civil. Comentado y anotado”, Santos Cifuentes y Santos E. Cifuentes Directores, Fernando A. Sagarna Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo IV, 2007, pág. 729.

<sup>143</sup> CApel.Civ.Com. San Isidro, Sala I, 21-11-1996, L.L. Buenos Aires 1998-114.

<sup>144</sup> Aunque referida especialmente a la prescripción adquisitiva, la presunción de buena fe establecida en el art. 4008 del Código Civil tiene el alcance de un principio general aplicable a todas las relaciones jurídicas; en consecuencia, la prueba de la mala fe incumbe a quien la invoca (CNCiv., Sala D, 30-10-70, J.A.9-1971-528, fallo 19-205; CApel.Ros, 19-4-1955, J.A. 1955-III-153, fallo 17.280, fallos citados por SALAS, Acdeel Ernesto – TRIGO REPRESAS, Félix A.: “Código Civil y Leyes complementarias anotados”, Buenos Aires, Depalma, tomo III, 1978, pág. 333).

<sup>145</sup> CNCom., Sala C, 15-6-1967, E.D. 20-63.

un principio general, del cual cabe apartarse no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe -que puede ser de presunciones graves, precisas y concordantes- sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la buena fe no puede haber existido<sup>146</sup>.

Se ha aclarado que si bien la buena fe se presume, ella no es compatible con una actitud negligente (voto del doctor Alterini, al que adhirió el doctor Cifuentes)<sup>147</sup>.

También se ha dicho que el principio de que la buena fe se presume no significa que no se atiende a las alegaciones de las partes y a los hechos de la causa que en su invocación no quedan al margen de la carga que impone el art. 377 del Cód. Procesal, porque la buena o mala fe son conformados por la confluencia de hechos que deben ser analizados según cada caso concreto que permiten, aún por presunciones, concluir sobre el conocimiento o no, o el que se debió tener, de la causa de la nulidad del acto (en el caso, matrimonio) existente en el momento de su celebración<sup>148</sup>.

#### *La “buena fe” en el nuevo Código Civil y Comercial*

La Comisión Redactora del nuevo Código concluye que bajo el principio de “buena fe” se asume tanto “la exigencia de un comportamiento leal” (buena fe objetiva), como también “la denominada buena fe ‘creencia’” (buena fe subjetiva), que incluye la apariencia. Al respecto se ha dicho que la buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a derecho; en esa noción se unifican sus diversos aspectos: el psicológico o creencia en el propio derecho y el ético o voluntad de obrar honestamente<sup>149</sup>. Para reconocer valor a la buena fe-creencia como fuente de derechos es necesario que haya fundamento real y serio para la formación de tal convicción, *debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho*; asimismo, aquél a cuyo cargo produce efectos la apariencia debe haberla originado de un modo que le sea imputable, y la parte beneficiada debe haber confiado razonable y normalmente, observando la diligencia del tráfico<sup>150</sup>.

#### *Doctrina de los propios actos*

Hay consenso que una derivación inmediata del principio de “buena fe” es la

---

<sup>146</sup> CNCiv., sala D, 30-9-1982, “J. de R., M. c. R., J. A.”, L.L. 1984-B-294 con nota de Elías P. Guastavino, L.L. Online cita AR/JUR/826/1982.

<sup>147</sup> CNCiv., sala C, 13-9-1979, “López Llamas, Alberto y otra en: Gressel, S. R. L. c. Pes, Juan”, L.L. Online cita AR/JUR/5585/1979.

La pérdida del derecho de la demandada a interponer el recurso extraordinario por haber pagado la suma adeudada sin hacer reserva alguna, no es consecuencia directa de una conducta desleal de la contraria, sino de su propia torpeza, por lo que no se advierte un supuesto de abuso del derecho (CSJN, 4-5-1989, “Cipolla, Enrique vs. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, Fallos 312:631; Rep.E.D. 24-59).

<sup>148</sup> CNCiv., sala H: 16-7-1997, L., J. P. c. A. B., F., LA LEY 1998-D-14, DJ 1998-2-1137, L.L. Online cita AR/JUR/1295/1997.

<sup>149</sup> S.C. Buenos Aires D.J.B.A., 119-706.

<sup>150</sup> CNCiv. Sala H en L.L. 1994-D, 320, con nota de José W. Tobías. Conf. CApel.CC. Salta, Sala III, 7-7-06, “Mamani vs. Zabalaga”, expediente de Sala n° 146964, tomo año 2006, pág. 665/668.

“*doctrina de los actos propios*”<sup>151</sup>. El ordenamiento jurídico protege a través de sus principios generales, la *buena fe* en la realización o subsistencia de un estado jurídico efectuado mediante negocio jurídico, que no se basa sólo en una declaración de voluntad, sino en la apariencia de una situación jurídica<sup>152</sup>. En el mismo sentido señala Eisner que el sustento moral y jurídico de esta doctrina residen en el amparo y exigencia de la buena fe objetiva, la confianza suscitada, la coherencia del comportamiento con repudio de la sorpresa y la emboscada y en particular el resguardo de la *seguridad jurídica* –a saber a qué atenerse y conocimiento cierto de su situación- a cuyo valor la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha privilegiado “por ser una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico cuya tutela incumbe a los jueces”, por lo que tiene “jerarquía constitucional”<sup>153</sup>. Y agrega Eisner que esta doctrina encuentra su sustento filosófico y racional en los conocidos principios lógicos y ontológico de “no contradicción”, en virtud de los cuales una cosa no puede ser ella y a la vez su contraria ni es posible afirmar su realidad y su inexistencia en forma simultánea<sup>154</sup>.

La “*doctrina de los propios actos*” establece que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos invocando un derecho o ejerciendo una conducta incompatible con otra conducta anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz<sup>155</sup>. La “*doctrina de los propios actos*” significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza objetivamente deducida de su conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda situación incompatible con ella<sup>156</sup>. Y encuentra aplicación en distintas ramas del

---

<sup>151</sup> PEYRANO, Jorge W.: “La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil”, en PEYRANO, Jorge W. Director, ACOSTA, Daniel Fernando Coordinador: “Valoración judicial de la conducta procesal”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2005, págs.. 221 y ss., específicamente págs. 226-228; BIANCHI, Enrique e IRIBARNE, Héctor: “El principio general de la buena fe y la doctrina ‘venire contra factum proprium non valet’”, E.D. 106-851; CÓRDOBA, Marcos M. y DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Las limitaciones a la indagación de la realidad”, L.L. 2004-F-1253, ap. III; CASANOVA DE CABRIZA, Alicia Nora: “La buena fe, clave de la solución alcanzada a través de la UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally exported cultural objects (Rome, 1995)”, L.L. Online cita AR/DOC/5371/2010, ap. 2.2.3.2.

<sup>152</sup> CNCom., Sala B, 19-11-98, J.A. 1999-III-732; CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, Protocolo año 2002. fº 511; Id.Id., 12-4-05, “AFIP vs. Fazio”, Expte. nº 97783, Protocolo año 2005, pág. 318; Id. Id., 28-5-07, Diners vs. López, expediente de Sala nº 181322, tomo año 2007, pág. 592.

<sup>153</sup> EISNER, Isidoro: “La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (“Venire contra factum proprium non valet””, L.L. 1987-C-280. Con cita de los siguientes precedentes de la CSJN: Fallos 96: 280; 109:666; 242:501; 252:134.

<sup>154</sup> EISNER, Isidoro: “La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (“Venire contra factum proprium non valet””, L.L. 1987-C-280.

<sup>155</sup> CSJN,17-3-98, en L.L. 1998-E-415; Morello, Augusto M.: “Recepción jurídica de la Teoría de los Propios Actos” en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1976, año 9, pág. 814, Safontás, Simón: “Doctrina de los Propios actos”, JUS, nº 5, pág. 28.

<sup>156</sup> DIEZ-PICAZO – PONCE de LEÓN: “Doctrina de los Propios Actos”, Barcelona, 1963, pág. 142; CApel.CivCom.Salta, Sala III, Protocolo año 1997, fº. 446; íd. íd., Protocolo año 1998, fº. 280; íd. íd. Protocolo año 2001, fº. 966; CNCom., Sala A, 29-4-99, J.A. 2000-I-206.

derecho<sup>157</sup>.

Reiteradamente ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a actos anteriores- se ha suscitado en las otras partes<sup>158</sup>; que no es admisible que un litigante pretenda aportar razones de derecho que contravengan su propia conducta anterior, cuando ésta ha sido adoptada de un modo formalmente relevante y jurídicamente eficaz<sup>159</sup>; que debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a actos anteriores- se ha suscitado en las otras partes<sup>160</sup>.

También se ha dicho que una de las derivaciones de este principio es el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros<sup>161</sup>, sean éstos los particulares o el propio Estado (*doctrina de los actos propios*)<sup>162</sup>; y en el caso particular del Estado porque, de lo contrario, la tarea de gobierno queda reducida a un puro acto de fuerza, que no puede ser justificada y convalidado por los jueces<sup>163</sup>. La “*doctrina de los propios actos*” significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza objetivamente deducida de su conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda situación

---

<sup>157</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J. y Vergara del Carril, Juan Antonio: “La doctrina de los actos propios (Apuntes sobre la fijación jurisprudencial de sus contornos)”, E.D. 168-899.

<sup>158</sup> CSJN, 15-3-2011, “Provincia de San Luis vs. Consejo Vial Federal”, Fallos 334:323, J.A. 2011-II-525, con cita del precedente de Fallos 315:890, entre otros.

<sup>159</sup> CSJN, 7-8-96, “Ojea Quintana, Julio María vs. Estado Nacional”, Fallos 319:1331; Rep. E.D. 31-46, n° 3.

<sup>160</sup> CSJN, 12-5-92, “Astilleros Costaguta”, Fallos 315:890, con cita de los siguientes precedentes de la misma Corte: 16-8-1978, “S.A. Indumentí”, Fallos 300:909; 6-2-1986, “Barrera de Serrano, María Elva vs. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:72.

<sup>161</sup> No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe -voto del doctor Petracchi- (CSJN, 17-3-1998, “Sergi Vinciguerra, Antonio vs. B.C.R.A.”, Fallos 321:277 y Rep.E.D. 33-133, n° 1 dentro de la voz “Buena Fe”).

La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, lo que es aplicable por igual en el campo del derecho privado y del derecho administrativo (CSJN, 8-9-1998, “Estructuras Tafi S.A.C. e I. vs. Provincia de Tucumán”, Fallos 321:2530, y Rep.E.D. 33-133, n° 2 dentro de la voz “Buena Fe”).

<sup>162</sup> CSJN, votos de los doctores Cavagna Martínez, Fayt y Moliné O’Connor, 3-3-1992, “Integral S.A.”, Fallos 315:205; Rep.E.D. 27-78, n° 1, 2 y 3 dentro de la voz “Buena Fe”; Id., voto del doctor Fayt, 21-9-1989, “Cía. Azucarera Tucumana S.A. vs. Estado Nacional”, Fallos 312:1725, E.D. 135-392; Id., 19-10-1995, “Chacofi SACIF e I vs. Dirección Provincial de Vialidad”, Fallos 318:2050; Rep. E.D. 30-146; Id., 17-4-1997, “Punte, Roberto Antonio vs. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, Fallos 320:521, Rep.E.D.31-118.

La doctrina de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede asumir una conducta distinta a otra anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz, tiene como fundamento el principio de la buena fe, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción pro el sujeto de actitudes reñidas con las que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica (CNCiv., Sala G, 5-10-2011, E.D. 247-476).

<sup>163</sup> CSJN, voto del doctor Fayt, 21-9-1989, “Cía. Azucarera Tucumana S.A. vs. Estado Nacional”, Fallos 312:1725, E.D. 135-392.

Sobre la aplicación de la doctrina de los propios actos al Estado, ver MAIRAL, Héctor A.: “Una aplicación de la doctrina de los propios actos a la Administración Pública”, E.D. 141-210; BIDART CAMPOS, Germán J.: “La teoría del acto propio en el derecho público (Jurisprudencia Comentada)”, E.D. 141-212.

incompatible con ella<sup>164</sup>. Y encuentra aplicación en las distintas ramas del derecho<sup>165</sup>.

En sentido coincidente se ha señalado que el principio de buena fe es aplicable a todas las relaciones jurídicas<sup>166</sup>. Presumir la buena fe no es más que una aplicación de la presunción de probidad de la conducta de los particulares, que se proyecta como directiva general de todo el derecho<sup>167</sup>.

*Ejercicio que excede los límites de la “moral” y las “buenas costumbres”*

El art. 19 de la Constitución Nacional dice: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Por el contrario, según tiene dicho nuestra Corte Suprema, a la luz del transcripto artículo 19, las acciones privadas de los hombres que ofenden la moral pública están sujetas a la autoridad de los magistrados, cuya función es castigarlas o de algún modo morigerarlas, dentro del marco normativo, a fin de asegurar la primacía de los valores éticos e instituciones que esas acciones vulnera<sup>168</sup>.

Se ha precisado que son tres los sistemas normativos, aunque sus límites no son siempre tajantes: uno es el *“estético”*, en donde el buen gusto se opone al mal gusto, e impera la tolerancia; otro es el *“moral”*, que prescribe el ajuste de las conductas a ciertos cánones éticos sobre los que podemos o no estar de acuerdo; y el tercero es el *“jurídico”*, el que es creado por las instituciones del gobierno, que seleccionan algunas reglas morales o conveniencias políticas y las convierten en reglas ciertas y exigibles, aun para quienes no concuerden con ellas<sup>169</sup>.

Si bien la expresión *“buenas costumbres”* es familiar, su sentido jurídico es impreciso<sup>170</sup>. Como advierte López de Zavalía, el concepto de “buenas costumbres” al igual que el de “buena fe”, son inmediatamente inteligibles, pero sumamente difíciles de concretar

---

<sup>164</sup> DIEZ-PICAZO PONCE de LEÓN, Luis: “Doctrina de los Propios Actos”, Barcelona, 1963, pág. 142; CApel.CivCom.Salta, Sala III, Protocolo año 1997, fº. 446; íd. íd., Protocolo año 1998, fº. 280; íd. íd. Protocolo año 2001, fº. 966; CNCom., Sala A, 29-4-99, J.A. 2000-I-206.

<sup>165</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J. y Vergara del Carril, Juan Antonio: “La doctrina de los actos propios (Apuntes sobre la fijación jurisprudencial de sus contornos)”, E.D. 168-899.

<sup>166</sup> CNCiv., Sala F, 4-12-1980, E.D. 122-657, 902-SJ.

<sup>167</sup> CNCiv., Sala B, 21-5-1987, E.D. 121-375.

<sup>168</sup> CSJN24-3-1992, “Alberto Luis Lucchini S.A.C.I.C. vs. Macrosa Crothers Maquinarias S.A.C.I.F.I.A.”, Fallos315:406.

<sup>169</sup> GUIBOURG, Ricardo A.: “Una enseñanza de ‘Charlie Hebdo’”, L.L. revista del 12-3-2015, tomo 2015-B.

<sup>170</sup> LE TOURNEAU, Philippe: “Derecho y ética”, L.L. 2008-V-1068, ap. I, B.

en fórmulas<sup>171</sup>.

“*Costumbre*”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es el “hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”.

Se ha definido a las “*buenas costumbres*” como aquellas de acuerdo con la sana “*moral*” imperante en un lugar y en un momento dados<sup>172</sup>; son la moral dominante, cuyas exigencias deben deducirse de la forma de pensar del hombre medio decoroso<sup>173</sup>; son aquellos hábitos sociales o de opinión, basados en motivos de ética fundamental<sup>174</sup>; comprende todo aquello que está de acuerdo con las ideas morales predominantes en la conciencia social, o ideas morales aceptadas por la generalidad de los individuos<sup>175</sup>. Las buenas costumbres no son cualquier práctica, sino aquella que, como señala Aristóteles, permite alcanzar la “felicidad”<sup>176</sup>, la “vida buena”, es decir la vida conforme a la razón<sup>177</sup>.

Señala Orgaz que la distinción entre “*moral*” y “*buenas costumbres*” se vuelve cada vez menos sensible y las buenas costumbres son, precisamente, la expresión tangible, la realidad objetiva, de la moral social<sup>178</sup>. Cuando la ley (v. gr., art. 21 del Código Civil) alude a las valoraciones morales vigentes, ello no implica una confusión entre el derecho y la moral, sino una coincidencia<sup>179</sup>. La Corte Suprema ha dicho que tanto el “*derecho*” como “*moral*” tienen un fundamento ético común, aunque constituyen dos sistemas diferentes de valoración<sup>180</sup>. Mientras la “moral personal” alude a las relaciones con nosotros mismos, la “*moral social*” se refiere a nuestras relaciones con los otros: es la que rige nuestra vida con los demás, y apunta sobre todo a la “justicia”, pero también a la concordia, al bien común, a la caridad, a la solidaridad; es la *moral social* la que interfiere con el *derecho*, y le sirve de

---

<sup>171</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.: “Teoría de los contratos. Parte General”, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1971, pág. 240.

<sup>172</sup> TORRÉ, Abelardo: “Introducción al Derecho”, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1965, pág. 459.

<sup>173</sup> LEHMANN, Heinrich: “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Madrid, 1956, vol. I, pág. 59, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y leyes complementarias”, Augusto C. Belluscio Director, Eduardo A. Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 59.

<sup>174</sup> ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41.

<sup>175</sup> SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, tomo I, 1954, pág. 152.

<sup>176</sup> LE TOURNEAU, Philippe: “Derecho y ética”, L.L. 2008-V-1068, ap. I, A.

<sup>177</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, tomo I, 2014, pág. 87.

<sup>178</sup> ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41.

<sup>179</sup> TORRÉ, Abelardo: “Introducción al Derecho”, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1965, pág. 459.

<sup>180</sup> CSJN, 4-8-1988, “Automóviles Saavedra S.A. vs. Fiat Argentina S.A.”, Fallos 311:1337.

Moral y derecho suponen la vivencia comunitaria de un plexo de valores éticos que le son comunes. La solidaridad, la justicia, la seguridad son, entre otros, valores comparidos por ambas disciplinas reguladoras del comportamiento humano (FERNÁNDEZ SESAREGO, Carlos: “Abuso del derecho”, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 11).

brújula, indicando unos objetivos generales e ideales que debe esforzarse por aproximar<sup>181</sup>. En un fallo se ha dicho que no es admisible disociar la moral del derecho pues, no sólo carece de sustento en una real concepción integradora del hombre y su acción, sino que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la moral forma parte del orden público<sup>182</sup>.

Coincidentemente, Rezzónico señala que “*moral*” y “*derecho*” no se confunden y son perfectamente distinguibles: la moral es disciplina de la conducta individual por el bien del individuo como tal, mientras que el Derecho es disciplina de la convivencia, en orden al bien común, de la comunidad y sólo mediatamente, de las personas que constituyen el ser social, cuya razón última es el bien de dichas personas. Agrega que el concepto de “moral” y “buenas costumbres” es esencialmente relativo, contingente, variable en el tiempo y el espacio. Todos saben o comprenden que esas palabras aluden a la moral social, la moral objetiva de la colectividad en que se actúa; por lo que resulta contraria a la moral o buenas costumbres aquella conducta que nos expone al reproche general, a la desaprobación de todos los que piensan con criterio sano, según la directiva consagrada en el Derecho alemán<sup>183</sup>.

Busso, analizando el art. 21 del Código Civil, dice que si bien los conceptos de “costumbre” y de “moral” son teóricamente distintos, el concepto legal de “*buenas costumbres*” comprende prácticamente *normas morales*: en efecto, restringido el campo de la moral al quitarle todo aquello que sea puramente individual y privado (art. 19 Const. Nac.), y restringido el concepto de costumbre, con la nota valorativa de “buenas”, los conceptos llegan a coincidir. En el sentido de la ley, las “buenas costumbres, importan

---

<sup>181</sup> LE TOURNEAU, Philippe: “Derecho y ética”, L.L. 2008-V-1068, ap. I, A. Dice este autor que el Derecho se distingue de la moral por sus objetivos y las sanciones. En cuanto a los “objetivos”, el Derecho rige las relaciones entre los hombres, el hecho social; la moral se preocupa sobre todo del bien individual, de la suerte personal de cada uno (que logre la perfección, para encontrar la felicidad). Y en cuanto a las “sanciones”, las faltas morales son sancionadas en el plano interno por la conciencia individual; mientras que las violaciones del Derecho lo son de forma externa, por los poderes público. También señala que el campo del Derecho es distinto del de la moral; sin embargo, el Derecho sólo es verdadero Derecho si es justo, es decir, si está conforme al Derecho natural y honra la moral. La trasposición de principios morales por el Derecho necesita del empleo de instrumentos conceptuales de naturaleza jurídica: estos son las “*nociones-referencia*”, entre las que cita las buenas costumbres, la apariencia, la buena fe, la lealtad, la coherencia, la falta, el fraude, el abuso del Derecho, el exceso; y en los arbitrajes de amigables componedores la moral se infiltra bajo el sesgo de la equidad.

Dice Alterini que si bien el Derecho y la Ética transitan por senderos que no siempre coinciden, no es discutible el ideal de un Derecho impregnado de éticidad. No obstante la deseable sustancial coincidencia, es evidente que podría ser perturbador que una conducta pueda ser objetada en Derecho cada vez que se aleje de lo estrictamente ético (ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto, Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. XVI).

<sup>182</sup> CJ Tucumán, Sala Criminal y Penal, 31-5-1996, L.L. 1996-D-569, consid. 6.2.

<sup>183</sup> REZZÓNICO, Luis María: “El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral”, L.L. 122-280, ap. IV, citando a CASARES, Tomás D.: “La justicia y el Derecho”, pág. 159-160 y a LACHANCE: “Le Concept du Droit”, p. 264.

siempre normas morales<sup>184</sup>.

Llambías refiere que, de todas las menciones que contiene el art. 953 del Código Civil, la más importante y trascendente es la que se refiere a las “buenas costumbres”, esto es, el contenido “moral” del acto jurídico. El derecho no autoriza ni ampara los actos contrarios a la moral. El concepto de “*buenas costumbres*” se identifica con la “*moral*”<sup>185</sup>.

Lavalle Cobo analizando el art. 21 del Código Civil, dice que en todos los casos en que el codificador (Vélez Sarsfield) se refiere a las “*buenas costumbres*”, hace alusión a la “*moral*”, expresiones que en su léxico son sinónimas. Considera este autor que la referencia que hace el art. 21 a las “buenas costumbres” sólo tiene propósitos aclaratorios; la “moral” forma parte del orden público<sup>186</sup>.

Mosset Iturraspe, refiriéndose al supuesto de ejercicio abusivo de los derechos previsto en el art. 1071 del Código Civil cuando exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, dice que tal prescripción materializa la subordinación del orden jurídico a la moral<sup>187</sup>.

Borda señala que sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en numerosos casos la decisión justa sobre si ha existido o no abuso del derecho, el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema<sup>188</sup>.

En un fallo se ha señalado que la moral y las buenas costumbres responden a un concepto común, principio general del derecho que aparece enunciado así en algunos artículos del Cód. Civil, 14 inc. 1º, 1501; otras veces la ley civil alude tan solo a la moral (arts. 564, 1047, 1206, 1626, 1891), o únicamente a las buenas costumbres –arts. 21, 530, 792, 795, 953, 1503, 2261, 3608-; la prohibición de ciertos hechos que puede resultar directamente del “contenido concreto de la norma” mientras que en otros caso se los repudia por contrarias “a las buenas costumbres”, lo que equivale tanto como remitirse “a algo que no está definido ni expresado” y que ha menester del juzgamiento particular del juez, en función de las especiales circunstancias de hecho que se le sometan<sup>189</sup>.

---

<sup>184</sup> BUSSO, Eduardo B.: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1944, pág. 218, n° 222.

<sup>185</sup> LLAMBIÁS, Jorge Joaquín: “Código Civil. Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 100.

<sup>186</sup> LAVALLE Cobo, Jorge E. en “Código Civil y Leyes Complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, tomo 1, 199e, pág. 111.

<sup>187</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Responsabilidad por daños. Eximentes”, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. III, pág. 103, con cita de “LLAMBIÁS, Jorge Joaquín: “Estudio de la reforma del Código Civil”, Buenos Aires, J.A. 1969 y CARRANZA, Jorge A.: “El abuso del derecho en la ley 17.711, en Examen y Crítica de la Reforma del Código Civil, 2 Obligaciones, La Plata, Editorial Platense, 1971, pág. 375.

<sup>188</sup> BORDA, Guillermo: “Tratado de Derecho Civil”, Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 45. En un voto ha dicho Borda que el abuso del derecho queda configurado: a) porque se ejerce el derecho “de una manera repugnante al sentimiento moral”; b) porque se lo desvía de los fines en vista de los cuales se lo ha concedido (CNCiv., Sala A, 24-12-1963, E.D- 9-221; J.A. 1964-V, fallo 9140).

<sup>189</sup> CNCiv., Sala C, 15-4-1982, L.L. Online cita AR/JUR/591/1982.



Con relación al nuevo Código Civil y Comercial, analizando el art. 10, dice Rabbi-Baldi Cabanillas que si bien la Comisión Redactora no dedica una referencia expresa a los conceptos de “*moral*” y “*buenas costumbres*”, el tono impreso al Título Preliminar, a través de la aludida distinción entre derecho y ley, la sujeción de ésta a aquél o la consideración de los principios, valores y de los tratados de derechos humanos como fuentes y criterios interpretativos, dan cuenta, para decirlo con Alexy, de que el Código Civil reposa bajo la idea de “la corrección material como criterio limitativo”, de donde el concepto de derecho “no es inflado pero sí limitado moralmente. Esto es sólo una vinculación parcial entre derecho y moral, pero es una vinculación”. El ordenamiento jurídico no requiere, entonces, únicamente de la legalidad y de la eficacia social, sino, además, de la corrección material, evidenciada, básicamente, a través del resguardo de los derechos fundamentales de las personas que, plasmados a través de principios básicos, que son jurídicos en cuanto a la forma, pero morales, en cuanto al fondo. Y en esa línea, una manifestación de esa corrección material, lo constituye el recurso a las “buenas costumbres” (no cualquier práctica, sino aquella que permite alcanzar la “vida buena”, es decir, la vida conforme a la razón), expresamente consagrado en el anterior Código (arts. 21, 530, 953 y otros concordantes) y de la que da cuenta una rica casuística elaborada por los tribunales. El nuevo Código también la recepta, simplificando al citado art. 953, en los 279, 958 y 1004, y en los arts. 55 y 56 que constriñen la disposición de los derechos personalísimos a que no sea contrario a “la ley, la moral y las buenas costumbres”<sup>190</sup>.

La jurisprudencia también ha destacado la vinculación de la moral y las buenas costumbres. Así se ha dicho que la noción de buenas costumbres, en cuanto no es sino la consagración del respeto debido a las reglas morales impuestas por la convivencia, forma parte, en ese sentido, del derecho público, a cuyas normas están equiparadas<sup>191</sup>. Es cierto que el derecho y la moral están íntimamente vinculados, ambos tienen por objeto la regulación de conducta humana, pero la moral persigue el bien supremo del individuo en tanto que el derecho guía al hombre hacia el bien común de la sociedad en un ideal de justicia<sup>192</sup>. El art. 953 del Código Civil conforma la llamada “regla moral del ordenamiento”; es la norma que con mayor claridad constituye un puente entre el derecho y la moral, impidiendo que objetos gravosamente inmorales, contrarios a las buenas costumbres o ilícitos se conviertan en el

---

<sup>190</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, tomo I, 2014, pág. 87.

<sup>191</sup> CCiv. 2º, L.L. 51-876.

<sup>192</sup> Juz. 1º Instancia nº 17, firme, 1-6-1965, E.D. 15-463, con cita de LACHANCE, Louis: “El concepto de justicia según Aristóteles y Santo Tomás”, Buenos Aires, 1953, pág. 223.

objeto de actos o negocios jurídicos válidos<sup>193</sup>. El art. 1071 del Código Civil, reformado por ley 17.711, niega protección al ejercicio abusivo de los derechos en exceso de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres<sup>194</sup>. Ni el derecho ni los jueces pueden brindar tutela a un proceder que –por diversas causas o razones- puede haber devenido inmoral, calificativo que puede merecer la conducta por la intención de dañar, por la elección del medio más perjudicial para el deudor, por aparecer como una manera de actuar reñida con la lealtad y confianza que debe presidir las relaciones jurídicas o por ocasionar un perjuicio excesivo o anormal<sup>195</sup>. Y no cualquier daño es suficiente para configurar el abuso de derecho, es menester que sea grave, desproporcionado; es necesario que medie una injusticia notoria y repugnante al sentimiento moral para que el juez pueda negar su apoyo a quien esgrime una disposición legal<sup>196</sup>.

Los hábitos que conforman las “*buenas costumbres*” no están expresamente catalogados en parte alguna; en cada caso, los jueces deberán juzgar si están o no comprometidas las buenas costumbres<sup>197</sup>. Su apreciación no es absolutamente libre, puesto que el concepto de buenas costumbres no depende de su conciencia individual, sino de la conciencia social<sup>198</sup>. Para determinar cuándo un acto se adecua a las buenas costumbres, se han ensayado dos teorías: a) una, catalogada como de carácter sociológico, considera que las buenas costumbre son la moral media de un pueblo en un momento dado<sup>199</sup>, la que ha sido criticada por dejar a la moral a merced de los criterios mayoritarios o de masa<sup>200</sup>, y porque

---

<sup>193</sup> CApel Trelew, Sala A, voto del doctor López Mesa, 22-11-2011, “Mateos vs. Banco Patagonia S.A.”, citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.: “Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, 2012, pág. 1705.

<sup>194</sup> CNCiv., Sala B, 17-7-1969, E.D. 32-454; Id. Id., 4-11-1969, E.D. 33-75; Id. Id., 20-11-1969, E.D. 35-139.

<sup>195</sup> C1ªCiv.Com. Bahía Blanca, voto del doctor Lombardi al que adhiere el doctor Pliner, 29-8-1978, E.D. 82-191.

<sup>196</sup> CNCiv., Sala D, 18-5-1973, E.D. 51-539.

<sup>197</sup> ORGAZ, Arturo: “Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales”, Córdoba, Editorial Assandri, 1961, pág. 41; Juz. 1º Instancia n° 17, firme, 1-6-1965, E.D. 15-463, consid. 2, b.

<sup>198</sup> SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, tomo I, 1954, pág. 152.

<sup>199</sup> La aplicación del concepto de la moral y las buenas costumbres, dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico, no alude a los principios subjetivos que el sentenciante tenga de ellas, sino que se trata de aquéllos que rebasan los límites subjetivos y se concretan en la moral común siendo propio e inherente a la potestad jurisdiccional guardar valores estimados fundamentales por la sociedad (CJ Tucumán, Sala criminal y penal, 31-5-1996, L.L. 1996-D-569 y L.L. NOA 1998-9, consid. 6.2).

<sup>200</sup> Dice Bueres que a veces se observó que el aceptar la moral media de un pueblo puede conducir a situaciones disvaliosas, pues lo que piensa la mayoría no siempre va de acuerdo con la ética; de ahí que el juez no debe seguir a la masa y tratará de buscar las soluciones en el proceder de la minoría que cimienta las costumbres más sanas de la población. El argumento, agrega Bueres, nos trae sin cuidado ya que entendemos que dentro de la latitud y relativismo del concepto, la aceptación de un conducta depende de un estado de conciencia masivo o de mayorías. Sería hartos peligroso dejar en manos de los jueces, la valoración de unos procederes, en orden a la regla moral, sobre la base de datos recogidos de las minorías –muchas veces insignificantes-, lo que ihclusive no estarían, el menos en ocasiones, despojados de una carga de emotividad subjetiva en el magistrado que opta por apartarse del cauce trazado por la mayor parte de quienes forman la sociedad. Esto es inatacable en pueblos donde reina una normalidad ética en los comportamientos. Y en cuanto

niega la moralidad misma y la relegan a un puro fenómeno social<sup>201</sup>; b) otra, de carácter metafísico, entiende que las buenas costumbres son aquellas que se basan en la opinión más sana de la población, y particularmente las que cumplen los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas (moral católica), tal como surge del texto de la nota de Vélez Sársfield al art. 531<sup>202</sup>; esta teoría ha sido criticada -entre otros, por Planiol y Salvat- quienes consideran que dejar en manos de los jueces ponderar la regla moral es un arbitrio temible pues podía ser utilizado por “moralistas” demasiados rígidos o por espíritus sectarios<sup>203</sup>.

Borda considera que ambos puntos de vista no difieren sustancialmente en su incidencia práctica, por lo menos en los pueblos de civilización occidental, cuyo espíritu ha sido moldeado por la influencia bimilenaria de la moral cristiana<sup>204</sup>. Aráuz Castex, entiende que el temor de Planiol se disipa si se tiene en cuenta que la organización judicial prevé la revisión y unificación de la jurisprudencia por los tribunales colegiados, y puesto que los jueces forman parte de la comunidad respecto de la cual administran justicia, no es razonable suponer que prevalezcan en los fallos los criterios morales no compartidos mayoritariamente por esa comunidad en unas circunstancias determinadas de tiempo y lugar<sup>205</sup>. En coincidencia, Rezzónico dice que el temor señalado no son justificados por la realidad: primero, porque por de pronto la ley de los hombres y la ley moral casi siempre coinciden, y cuando no, corresponde conciliarlas con la primacía debida a la segunda; segundo, porque

---

a los casos de sociedades corruptas, las soluciones no pueden arbitrarse solamente por medio de la intervención de los jueces, sino que deberán, por ello, implementarse con la adopción de medidas o remedios muchos más profundos. Por otra parte, esas situaciones de emergencia o excepción, por ser, precisamente, no comunes, no pueden alterar el significado enunciado (BUERES, Alberto J. en “Código Civil”, Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2 B, págs. 587-588).

<sup>201</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 100.

<sup>202</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo II, 1970, pág. 106; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 100; Juz. 1º Instancia nº 17, firme, 1-6-1965, E.D. 15-463. Ver también CNCiv., Sala C, 15-4-1982, L.L. Online cita AR/JUR/591/1982.

Con relación al contenido del concepto moral y buenas costumbres, se discute si responde a una idea relativa dependiente de su aceptación general, o es la versión de un concepto moral católico. Vélez Sarsfield expresó en la nota al art. 531 del Código Civil que en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas (LÓPEZ MESA, Marcelo J.: Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, 2012, pág. 1704; conf. BUSSO, Eduardo B.: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1944, pág. 219, nº 224).

<sup>203</sup> SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, tomo I, 1954, pág. 152.

<sup>204</sup> BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo II, 1970, pág. 106.

El concepto de moral y buenas costumbres que el Código Civil menciona en varias normas no es otro que el de la moral occidental y cristiana (CApel. Trelew, Sala A, 22-11-2011, “Mateos vs. Banco Patagonia”, citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.: “Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, 2012, pág. 1705).

<sup>205</sup> ARÁUZ CASTEX; Manuel: “Derecho Civil. Parte General”, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, t. II, 1974, pág. 143, nº 1200, citado por BUERES, Alberto J. en “Código Civil”, Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2 B, pág. 588.

los jueces no fallan según apreciaciones arbitrarias, subjetivas, sino mediante ponderaciones fundadas “en el reconocimiento de un estado de conciencia colectivo que consideran objetivamente” para determinar si el acto jurídico está o no ajustado o conformado a la moral y las buenas costumbres<sup>206</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta<sup>207</sup>. En un fallo se ha expresado que la valoración de las buenas costumbres debe resolverse a la luz de los principios de derecho natural; para determinar el concepto de buenas costumbres debe acudirse en primer término a los principios superiores del derecho, pero no debe dejarse de observar la vida social de nuestros tiempos y las características particulares de cada pueblo, a fin de juzgar, en función de ambos elementos y con criterio no demasiado riguroso sino de hombre honorable y prudente, cuándo se ha cometido una violación de esas costumbres<sup>208</sup>.

La jurisprudencia también ha dicho que integrando el mismo cuerpo de leyes –en el caso el Código Civil-, se encuentran normas subordinadas y otras subordinantes; el art. 953 es una de estas últimas, que cubre como una inmensa cúpula todas las instituciones y todos los actos jurídicos que pueden celebrarse, ninguno de los cuales puede violar esas normas generales y subordinantes, ni con sus cláusulas ni con su ejecución<sup>209</sup>. El art. 953 es base del ordenamiento legal que impone a todo acto jurídico satisfacer un objeto-fin social<sup>210</sup>, y que la reforma de 1968 por ley 17.711, abriendo camino a la vieja regla de Vélez, ha puesto el acento en los principios de moral y equidad, proporcionando a los jueces medios adecuados para evitar que por excesivo apego a fórmulas legales o judiciales se consoliden situaciones

---

<sup>206</sup> REZZÓNICO, Luis María: “El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral”, L.L. 122-280, ap. IV, con cita de RISOLÍA, Marco Aurelio: “Soberanía y Crisis del Contrato”, Buenos Aires, Abeledo, 1946, pág. 200.

<sup>207</sup> CSJN, año 1986, “Santa Coloma, Luis Federico”, Fallos 308:1160, citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.: “Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II, 2012, pág. 1705.

<sup>208</sup> Juz. 1º Instancia n° 17, firme, 1-6-1965, E.D. 15-463, con cita de ALSINA ATIENZA, Dalmiro A.: “Efectos jurídicos de la buena fe”, Buenos Aires, 1935, pág. 3.

La facultad de los jueces de anular los actos jurídicos a título de inmorales o contrarios a las buenas costumbres, ha sido considerada una de las más temibles de que se hallan investidos, ya que puede caer en manos de moralistas demasiados rígidos o de espíritus sectarios (Planiol). Si embargo, advierte Busso que no debe olvidarse, en primer lugar, que nuestra organización judicial prevé la revisión de las sentencias por tribunales colegiados, pudiendo llegar hasta la Corte Suprema, en caso de haberse infringido los arts. 17 o 19, Const. Nac., de modo que la arbitrariedad fundada en un criterio extremo es poco probable. No se olvida tampoco, agrega, que los jueces salen de la sociedad a la cual administran justicia, en la cual viven, y en cuyo ambiente han formado su concepto ético. La práctica señala, por lo demás, que en la sociedad actual no es tanto de temer la aplicación de un concepto moral rígido, como el mal contrario: el relajamiento de las normas éticas, tantas veces olvidadas (BUSSO, Eduardo B.: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1944, pág. 219, n° 229 y 230).

<sup>209</sup> CNCiv., Sala D, 22-8-1974, L.L. 1075-A-709, J.A. 26-1975-60 y E.D. 57-295; Id., Sala E, 3-8-1971, L.L. 146-139.

<sup>210</sup> CNFed.Civ.Com., Sala II, 22-9-1978, E.D. 85-594.

de irritante injusticia<sup>211</sup>. Y estas consideraciones resultan también aplicables al nuevo Código Civil y Comercial cuyos arts. 55, 56 y en especial los arts. 279, 958 y 1004 reproducen las prescripciones del art. 953. El art. 279 alude al objeto de los actos jurídicos y dispone que “*no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana*”.

La conservación de las “*buenas costumbres*”, dice Salvat, es una cuestión de interés social y, por consiguiente, de “*orden público*”; y agrega que la noción del “*orden público*” resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida<sup>212</sup>. El “*orden público*” no surge de una simple afirmación dogmática en tal sentido de determinada disposición, sino que es menester demostrar que un motivo de interés general se encuentra involucrado en la solución que arbitra la norma o que la moral y buenas costumbres quedan comprometidas con la solución contraria. Los jueces tienen facultades interpretativas suficientes para determinar si la calificación de orden público hecha en la ley es justificada, lo que quiere decir que el legislador no tiene la potestad irrestricta de la determinación del orden público<sup>213</sup>; pero el juez debe ser extremadamente prudente en esa revisión y proceder a su

---

<sup>211</sup> CNCiv., Sala A, 4-10-1979, E.D. 88-272.

La reforma de 1968 se enrola en muchos aspectos en la tradición clásica. Desde esta perspectiva, el juez actúa en una función correctiva; “es en cierto sentido la ley viva, guardián de la vigencia de la justicia en las relaciones de los miembros de la polis. El cual, por ser la voz de la ley según justicia, debe velar para que la norma que en cada caso se aplique sea congruente con el bien común, que es su fin último, con el orden jurídico en su totalidad y con el bien legítimo o justo de las partes” (CNFed.Civ.Com., Sala II, 22-9-1978, E.D. 85-594, transcribiendo párrafo de LAMAS, F. A. y VÁZQUEZ, E. E.: “El problema de la depreciación monetaria. Una contribución aristotélica a su solución”, J.A. del 22-6-1977).

<sup>212</sup> La noción del orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida (SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, tomo I, 1954, pág. 148).

La lesión, el abuso del derecho, la buena fe y la teoría de la imprevisión son remedios en cuya vigencia está interesado el orden público y la moral social, y de ahí su imperatividad incompatible con una renuncia anticipada. En consecuencia, allí donde está la injusticia debe procurarse su resolución equitativa de manera prudente y sin violentar la seguridad jurídica (CApel.Civ.Com. Santa Fe, Sala III, 27-11-1984, E.D.116-175).

En nuestro derecho, la moral forma parte del orden público, y la autonomía de la voluntad privada queda limitada por las normas morales, al punto que el acto jurídico de contenido inmoral es nulo, por oponerse a su eficacia una ley imperativa (arts. 21, 953 y 1071 del Código Civil; art. 19 de la Constitución Nacional), correspondiendo precisamente a los jueces velar por su observancia (CJ Tucumán, Sala criminal y penal, 31-5-1996, L.L. 1996-D-569 y L.L. NOA 1998-9, consid. 6.2).

No hay orden público sin buenas costumbres (CJ Mendoza, Sala 1ª, 25-8-1988, J.A. 1989-II-77 y L.L. 1988-E-257; C2ªApel.Civ.Com. Córdoba, 26-12-2006, L.L. Córdoba 2007-406).

<sup>213</sup> LAVALLE COBO, Jorge E.: en “Código Civil y Leyes Complementarias”, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 1993, pág. 108; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil. Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1978, pág. 55-56; BUSSO, Eduardo B.: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1944, pág. 193, n° 47.

inaplicabilidad sólo en aquellos supuestos de claridad manifiesta<sup>214</sup>.

El art. 12 del nuevo Código Civil y Comercial incluye como limitación a la autonomía de la voluntad el “orden público” en cuanto en su primera parte dice: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”, y en el segundo párrafo extiende el concepto al “fraude a la ley” prescribiendo que cuando se invoque el amparo de un texto legal para perseguir un resultado análogo al prohibido por una norma imperativa, debe aplicarse esta última<sup>215</sup>. García Lema dice que en esta materia no cabe ignorar el significado que tiene el art. 27 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de “tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”: los “principios de derecho público” aluden a los emergentes de la totalidad de los artículos de la Constitución, con el valor que le cabe a ese precepto por hallarse en la Primera Parte de la Ley Fundamental; allí, agrega, reside la fuente constitucional que enmarca la noción de “orden público”<sup>216</sup>.

#### Pautas complementarias para configurar la existencia de abuso del derecho

Debe tenerse en cuenta que, según lo ha señalado el mismo Borda, las pautas legales contenidas en la norma referida al abuso del derecho, pueden complementarse con las siguientes subdirectivas, aceptadas en un fallo de la Cámara Civil de la Capital<sup>217</sup> -y que luego siguieron otros tribunales<sup>218</sup>-, que contribuyen a configurar de una manera más clara la

---

<sup>214</sup> CJMendoza, Sala 1°, 10-6-2003, L.L. 2004-A-137, citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.: “Sistema de jurisprudencia civil. Con apostillas y bibliografía”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 2012, pág. 74.

<sup>215</sup> GARCÍA LEMA, Alberto M.: “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, L.L. 2014-C, ap. VI.

<sup>216</sup> GARCÍA LEMA, Alberto M.: “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, L.L. 2014-C, ap. VI.

<sup>217</sup> CNCiv., Sala A, 18-10-1957, L.L. 91-530.

<sup>218</sup> CNCiv., Sala E, 21-3-1995, L.L. 1995-E-166, con nota de SALERNO, Marcelo Urbano: “Pago intempestivo y abuso del derecho”; CFed. Córdoba, Sala B, 30-3-1989, L.L. Córdoba 1990-42; C3ªPaz Ltrada, Córdoba, 3-3-1978, L.L. Online cita AR/JUR/1653/1978.

Cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daño a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él (C1ªApel.Civ.Com., Bahía Blanca, 29-8-1978, L.L. Online cita AR/JUR/1259/1978).

Cuando el art. 1071 del Cód. Civil menciona la buena fe, la moral y las buenas costumbres para decidir si en un caso dado el titular de un derecho subjetivo, o quien esa de las prerrogativas individuales inherentes a la esfera de la persona ha excedido los límites de ese derecho subjetivo o de tales prerrogativas individuales, no hace sino traer a colación directivas valiosas que con otras directivas –por ejemplo el fraude a la ley, la culpa en el ejercicio del derecho subjetivo, la ausencia de un interés serio y legítimo, la intención de perjudicar, la elección de la vía más dañosa para el tercero, el ejercicio irrazonable de la prerrogativa individual, la colusión o

existencia del abuso del derecho, que son las siguientes: 1) si ha habido intención de dañar; 2) si falta interés en el ejercicio del derecho; 3) si se ha elegido entre las varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para el deudor; 4) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíprocas; 5) si el perjuicio ocasionado es anormal, excesivo o extraordinario. Es decir, concluye Borda, es necesario que medie una injusticia notoria, una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez para que éste pueda negar su apoyo a quien esgrime en su favor una disposición legal<sup>219</sup>. Se puede advertir que estas pautas señaladas por Borda no son sino los diversos criterios que ha ensayado la doctrina para tratar de caracterizar el abuso del derecho.

Analizando los fallos de nuestros tribunales se ha señalado que la teoría aplicada mayoritariamente por nuestra jurisprudencia es la finalista, los jueces tienen en cuenta para la aplicación del instituto del abuso del derecho que se hayan contrariado los fines económicos y sociales que inspiraron a la ley, principio que es más evidente aún en los fallos de los Tribunales de Trabajo entre los que se puede encontrar algunos excepcionales casos de aplicación amplia del instituto. En algunos casos se tienen en cuenta elementos subjetivos como la intención de dañar, la ausencia de un interés legítimo, si se ha elegido la forma de ejercer el derecho que es dañosa para otro, pero siempre combinados con elementos objetivos, tales como que el perjuicio causado debe ser anormal o excesivo, la conducta debe contrariar la moral y las buenas costumbres y ser repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca. Si bien en determinados fallos, se considera configurado el abuso del derecho con la sola demostración de que el ejercicio del derecho ha ocasionado un perjuicio anormal y excesivo, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia exige la combinación de elementos objetivos y subjetivos, enrolándose en la aplicación de la teoría mixta o ecléctica<sup>220</sup>.

### **Elementos que conforman la conducta abusiva**

a) Conducta permitida por el ordenamiento jurídico. Interpretando las disposiciones del Código de Vélez (modificado por ley 17.711), se ha señalado como uno de los elementos del abuso, una *conducta permitida por una norma legal de derecho positivo, en cuyo ejercicio se han contrariado los fines de la misma o las reglas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres* (art. 1071). A la luz del nuevo Código Civil y Comerciales es necesario

---

concierto fraudulento- ponen de resalto en definitiva, la conducta antifuncional, o sea, la desviación de los fines sociales, económicos y éticos de la ley (CNCiv., Sala B, 27-12-1991, L.L. 1992-E-276; DJ 1993-1-266).

<sup>219</sup> BORDA, Guillermo A.: “La reforma del Código Civil. Abuso del Derecho”, E.D. 29-723, ap. II, n° 5; “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 50.

<sup>220</sup> CNCCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394.

*una conducta que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres* (art. 10, primer párrafo).

Es decir, debe tratarse de una conducta permitida por el ordenamiento legal<sup>221</sup>; porque si está prohibida, su realización implica entrar en el campo de lo ilícito<sup>222</sup>.

Pero, si bien es una conducta legal, su cuestionamiento y sanción surge por haberse vulnerado la funcionalidad del derecho como consecuencia de su ejercicio irregular o, como dice el nuevo Código Civil, por contrariar la conducta los *fines del ordenamiento jurídico*, o que ella exceda *los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*. Conforme ya se destacara, la teoría del abuso del derecho propicia la relatividad en el “*ejercicio*” de los derechos o potestades. En el abuso de derecho la prohibición legal no se refiere al derecho subjetivo, sino al ejercicio; o mejor dicho, a determinadas formas de ejercicio que serán calificadas como “abusivas”<sup>223</sup>; se produce el abuso si existe un “*inadecuado ejercicio*” de un derecho o facultad, o cumplimiento de un imperativo o función<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> CNCiv., Sala C, 22-12-1988, E.D. 133-651; CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, 31-7-1997, L.L. 1999-D-759 y L.L. NOA 1998-1326. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador”, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 61.

El abuso del derecho se configura por la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo, en virtud de una disposición legal y el actuar contrario a los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres (CNCiv., Sala E, 21-3-1995, L.L. 1995-E-266; DJ 1996-1-230).

<sup>222</sup> Un pretendido ejercicio abusivo del derecho no puede justificar la protección de quien abusa no ya de su derecho, sino de su ausencia de derecho pasando por alto toda norma jurídica o de convivencia (CNCiv., Sala C, vot del doctor Belluscio, 28-2-1977, E.D. 76-384).

<sup>223</sup> PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: “Las tres dimensiones axiológicas del abuso del derecho”, L.L. 2010-E-1210, ap. II, C, 3.

Existen diferencias sustanciales entre el derecho y su ejercicio; una cosa es que el derecho estipulado en favor de una de las partes sea abusivo, y otra distinta establecer si ese derecho fue ejercicio en forma abusiva (CSJN, 24-3-1992, “Alberto Luis Lucchini S.A. vs. Macroza Crothers Maquinarias S.A.”, Fallos 315:406; Rep. E.D. 27-24, n° 3).

<sup>224</sup> Ver: PEYRANO, Jorge W.: “Abuso de los derechos procesales”, en la obra colectiva “Abuso Procesal”, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 75, específicamente págs. 76.

La teoría del abuso del derecho propicia la relatividad en el ejercicio de los derechos subjetivos de los individuos. Para ella no existen derechos absolutos; ellos han de ejercerse en función del fin en virtud del cual el ordenamiento jurídico los reconoce y los ampara. En un sentido omnicompreensivo, acto abusivo es aquel que ejercido en los límites normales de la actuación del derecho acordado por la ley, desvirtúa o menosprecia los fines y valoraciones sociales y económicas sin los cuales la legislación deja de ser el derecho vivo, desviándose de la realidad jurídica (SPOTA: “Tratado de Derecho Civil”, t. I, vol. 2º, p. 8; CApel. Junin, 26-9-1968, E.D. 26-276).

No existen derechos absolutos o, si se quiere, “totalmente” absolutos. Todos son relativos; y relativos a las circunstancias del caso, en función de las bases éticas del derecho, entre las cuales está el principio de que nadie debe abusar del suyo (art. 1071, cód. civil según ley 17.711). Ese principio o teoría del abuso del derecho pone coto a intolerables arbitrariedades en apariencia “legales”, y es el que permite a los jueces remediar situaciones extremas (CNCiv., Sala F, 16-2-1970, E.D. 35-441).

Alterini –quien destaca que el derecho puede apreciarse *in potentia* o *in acto*, ya estático, ya en la dinámica de su ejercicio, no obstante siempre es el mismo<sup>224</sup>– considera que no es compartible que se sostenga que cuando el abuso no está prohibido por la ley el antijurídico es del ejercicio y no del derecho; el ejercicio no es distinto del derecho mismo, simplemente materializa su contenido (ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-



Precisamente en esto se ha fincado la diferencia entre el acto *ilícito* y el *abusivo*: mientras el primero es un acto prohibido por la ley cuya ilicitud aparece clara desde su inicio, el segundo es un acto permitido que tiene un comienzo legítimo<sup>225</sup>, pero se lo ejercita irregularmente vulnerando la finalidad o funcionalidad asignada por la ley, o, siguiendo al nuevo Código Civil “*contraría los fines del ordenamiento jurídico*” o *excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*<sup>226</sup>. Como ya se ha señalado (ver *supra* el título “**La proscripción del abuso del derecho**”, subtítulo “**Aspectos Generales**”), con respecto al cuestionamiento lógico expuesto por Planiol en el sentido que si se usa adecuadamente un derecho, el acto es lícito, y si se lo sobrepasa, el acto es ilícito porque se ha obrado sin derecho<sup>227</sup>, no puede negarse que al menos existen circunstancias que justifican la distinción, es decir, si la contrariedad con la ley aparece o no clara y manifiesta desde el inicio del acto<sup>228</sup>, para lo cual juega un papel importante la tarea interpretativa de los jueces, quienes, son los que deben valorar las circunstancias particulares de cada caso para determinar si existe o no un ejercicio abusivo. Por lo tanto, puede hablarse de un ilícito civil cuando ha existido una investigación judicial y ha sido comprobado y declarado

---

1012, ap. VI, con cita de ORGAZ, Alfredo: “Abuso del derecho”, L.L. 143-1012, específicamente, pág. 1211, nota 7: “La ilicitud (extracontractual)”, Córdoba, Lerner, 1974, pág. 78, nota 48).

<sup>225</sup> No corresponde identificar el ejercicio abusivo de los derechos con los actos ilícitos, pues el primero supone que hay un arranque o comienzo legítimo, esto es que la persona ejercita un derecho del cual es titular pero con desviación de los propósitos que la ley tuvo en mira al reconocerlo (CNCiv., Sala G, 3-7-2001, E.D. 194-531; Id., Sala H, 28-5-1997, L.L. 1997-D-469).

<sup>226</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y Leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 61.

<sup>227</sup> Ver la transcripción del pensamiento de Planiol expuesta por CONDORELLI, Epifanio J. L.: “Del abuso y la mala fe dentro del proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 35; y por ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. X. Conf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; BORDA, Guillermo A.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 51-52. Cifuentes no comparte en toda su extensión esta calificación (CNCiv., Sala C, 2-5-1983, E.D. 105-263).

Orgaz prefiere no admitir categorías distintas de la licitud o de la ilicitud (ORGAZ, Alfredo: “La ilicitud (extracontractual)”, Córdoba, Lerner, 1973, págs. 17-18). Coincidentemente, Alterini opta por la designación que contrapone al obrar jurídico, que es el conforme a Derecho, el contrario a Derecho, o sea el antijurídico (ALTERINI, Jorge Horacio: “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, L.L. 2014-C-1012, ap. X y XI).

Coincidentemente, Prieto Molinero dice que la ilicitud en el abuso del derecho reside, pues, en el hecho de ejercer una prerrogativa legal de una manera que es reputada “abusiva” y no por la prerrogativa en sí; todo lo cual lo lleva a que, cuando el abuso tenga lugar, no estaremos dogmáticamente hablando frente a un acto “abusivo”, sino, lisa y llanamente ante uno ilícito. Señala, siguiendo a Orgaz, que “todos los actos con efectos jurídicos o son lícitos o son ilícitos” (ORGAZ, Alfredo: “La ilicitud”, Lerner, 1973, pág. 28): no hay base jurídica para establecer categorías intermedias (PRIETO MOLINERO, Ramiro J.: “Las tres dimensiones axiológicas del abuso del derecho”, L.L. 2010-E-1210, ap. II, C, 3).

Los actos que importan el ejercicio abusivo de los derechos, más que un abuso del derecho, constituyen una violación al mismo (CApel.Civ.Com., Rosario, Sala III, 21-6-1982, E.D. 102-173).

El abuso del derecho configura un acto ilícito y obliga a resarcir el daño (CNCiv., Sala C, 2-5-1983, E.D.105-263).

<sup>228</sup> Sobre el tema ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y Leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 61 y 70.

abusivo por un juez el ejercicio de un derecho; no antes<sup>229</sup>; y es esta diferente situación lo que justifica que se mantenga la distinción entre el acto abusivo del ilícito por tratarse aquél de un supuesto particular. Y como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en esta tarea los jueces, como servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial<sup>230</sup>; y para evitar estas soluciones disvaliosas, una norma debe ser interpretada “*considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional*”, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de la causa<sup>231</sup>; debe interpretarse el texto legal adaptado a las realidades y exigencias de la vida moderna<sup>232</sup>. Estos pronunciamientos de la Corte, como ya se señaló, ponen énfasis en que en la interpretación de la ley se debe buscar la armonía con “*la totalidad del ordenamiento jurídico*”, lo que guarda coincidencia con lo que prescribe el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto prescribe que para considerar que el ejercicio de un derecho es abusivo debe tenerse en cuenta si “*contraría los fines del ordenamiento jurídico*”.

El maestro Borda ha dicho en ese sentido que la “misión esencial de los jueces es dirimir conflictos humanos”, no cuidar de la ley; Y deben dirimirlo conforme a Derecho, lo que implica aprehender la ley a través del prisma de la justicia, la equidad, el derecho natural. El juez no tiene frente a la ley un papel pasivo sino que integra el orden jurídico, está

---

<sup>229</sup> El ejercicio de un derecho se convierte, cuando es abusivo, en un acto ilícito, que es causa de la obligación de reparar el daño producido (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1978, pág. 59 y tomo IV-B, 1980, pág. 433)-

<sup>230</sup> CSJN, 6-11-80, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284, L.L. 1981-A-401, con nota del Licenciado Julio Raúl Méndez: “Reflexiones jus filosóficas en torno al trasplante de órganos”, citados por CONDORELLI, Epifanio J. L.: “Del abuso y la mala fe dentro del proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 39.

La valoración de extremos tan generales como es la buena fe, la culpa del deudor, el ejercicio abusivo de los derechos, no queda por razón de su generalidad librada a la actividad discrecional del juzgador, sino que, por el contrario, un imperativo de nuestro sistema exige que tales extremos necesariamente sean apreciados con toda objetividad, es decir, conforme a las circunstancias que el caso concreto exhibe (CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532; SC Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676, 800-SJ). Ello supone, entonces, un criterio de análisis integral de la situación sin incurrir en parcializaciones o estudios incompletos (SC Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676, 800-SJ). Si el razonamiento argumentativo que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica judicial de tal modo que prive una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es, del correcto entendimiento judicial, el recurso extraordinario resulta procedente y debe dejarse sin efecto la sentencia recurrida (CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532).

<sup>231</sup> CSJN, 6-11-80, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284, L.L. 1981-A-401, con nota del Licenciado Julio Raúl Méndez: “Reflexiones jus filosóficas en torno al trasplante de órganos”, con cita de los precedentes de Fallos, t. 255, p. 360 (año 1963, “Hisisa Argentina S.A.”); Fallos t. 258, p. 75 (año 1964, “Puloil S.A. – Noguera Isler, Enrique”); t. 281, p. 146 (año 1971, “Nación vs. NN y/o Varela, Juan Pedro”); Fallos t. 302:813, (31-7-1980, “Mary Quant Cosmetics Limited c. Roberto L. Salvarezza” del 31 de julio de 1980.

<sup>232</sup> CSJN, “AVICO vs. De la Pesa”, citado por CONDORELLI, Epifanio J. L.: “Del abuso y la mala fe dentro del proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 39.

inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no sólo una justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales. Los jueces, muchas veces adaptan la ley a las nuevas circunstancias sociales y expresan en sus fallos –que van modificando paulatina y constantemente el orden jurídico- las ideas del tiempo en que viven”. Y agrega que “no sólo se trata del papel corrector del orden jurídico que tienen los jueces, sino de su misión esencial de dar a cada caso concreto, a cada pleito sometido a su decisión, el fallo que mejor se ajuste a la razón y a la justicia”<sup>233</sup>.

Para caracterizar el abuso, el criterio que mayor predicamento ha tenido en la jurisprudencia y doctrina a la luz del art. 1071 del Código Civil (modificado por ley 17.711) es el "funcional" y "moral"<sup>234</sup>. Es decir, se debe determinar si se produce una desviación de la finalidad que el ordenamiento jurídico asigna al acto, derecho, facultad, deber o proceder respectivo<sup>235</sup>; o si traspasa los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, que es una forma también de apartarse de los fines del ordenamiento jurídico (porque ninguna norma puede amparar un ejercicio que exceda tales límites). Y ese mismo criterio debe seguirse a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, aunque sin limitarlo a la consideración única de los “*fines de la norma*” de donde deriva el derecho, sino tomando en consideración los “*fines del ordenamiento jurídico*” en general. En otras palabras, el abuso se caracteriza por la "falta de adecuación" entre la conducta realizada con relación a la legalmente permitida o requerida; y se produce el abuso si existe un "inadecuado" ejercicio de un derecho o facultad, o cumplimiento de un imperativo o función<sup>236</sup>.

Conforme se ha resuelto, constituye una cuestión de hecho determinar cuándo se ha pasado del uso al abuso del derecho, para lo que no se exige un análisis lógico formal, sino

---

<sup>233</sup> BORDA, Guillermo A.: “Acerca de la posesión legítima y el abuso del derecho”, E.D. 55-202, ap. II.

<sup>234</sup> Ver CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceso", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986, pág. 30/31.

<sup>235</sup> Primero Raymond Saleilles, y luego Louis Josserand han señalado que los derechos, como el derecho objetivo mismo, no son absolutos sino relativos. Señala el primero que el abuso se produce en el ejercicio anormal del derecho, en el ejercicio contrario al destino económico o social del mismo. Josserand, a su vez, destaca que los derechos, productos sociales, como el derecho objetivo mismo, encuentran su origen en la comunidad de la cual obtienen su espíritu y su finalidad; es para ella y por ella que existen; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión a cumplir; cada uno de ellos es dirigido hacia su fin y no atañe al titular desviarlos del mismo; son elaborados por la sociedad y no la sociedad para ellos; su tésis, hállase fuera y por encima de ellos mismos. Han de ser ejercidos en el plano de la institución, conforme a su espíritu sin que sigan una equivocada dirección y su titular que hubiera, pues, no usado, sino abusado de él, vería su responsabilidad comprometida hacia la víctima de esa desviación culpable (ver la descripción de la opinión de estos autores realizada por CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceso", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 29 y ss.).

<sup>236</sup> Ver: PEYRANO, Jorge W.: "Abuso de los derechos procesales", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 75, específicamente págs. 76.

una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real<sup>237</sup>. La valoración de extremos tan generales como la buena fe, la culpa, el ejercicio abusivo de los derechos, no queda –por razón de su generalidad- librada a la actividad discrecional del juzgador; por el contrario, un imperativo del sistema jurídico argentino exige que tales extremos necesariamente sean apreciados con toda objetividad, es decir, conforme a las circunstancias que el caso concreto exhibe; ello supone, entonces, un criterio de análisis integral de la situación sin incurrir en parcializaciones o estudios incompletos<sup>238</sup>.

**b) *Aspecto subjetivo.*** Uno de los elementos configurativos del abuso del derecho es la “imputabilidad”<sup>239</sup>; debe presumirse que el agente obra con discernimiento, intención y libertad hasta tanto se demuestre lo contrario<sup>240</sup>.

Sobre el aspecto subjetivo del autor de la conducta existen discrepancias.

Un criterio entiende que el abuso se puede configurar independientemente de toda consideración del aspecto subjetivo (dolo o culpa del agente)<sup>241</sup>. Otro criterio, por el

---

<sup>237</sup> SC Buenos Aires, 6-7-1976, Rep.E.D. 10-140, n° 10.

<sup>238</sup> SC Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676 (800-SJ).

<sup>239</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Código Civil y Leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, 1994, tomo 5, pág. 63; CNCiv., Sala C, 22-12-1988, E.D. 133-651; CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, 31-7-1997, L.L. 1999-D-759 y L.L. NOA 1998-1326.

<sup>240</sup> CNCiv., Sala C, 22-12-1988, E.D. 133-651.

<sup>241</sup> En la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, ver: PEYRANO, Jorge W.: "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", pág. 189, específicamente pág. 191/192; PEYRANO, Marcos L.: "El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal", específicamente págs. 203/205; y E.D. 184-1510, específicamente pág. 1512; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 63. CNCiv., Sala F, 18-7-1979, J.A. 1980-I-408.

Spota también considera que “ni la culpa o el dolo son siempre requisitos necesarios *-sine qua non-* para que promedie un acto abusivo, ni el mismo implica, por sí, un supuesto de responsabilidad aquiliana”; lo decisivo, agrega, está dado por la desviación del derecho subjetivo con respecto a su finalidad de ahí que la doctrina del abuso del derecho ha de regirse por principios propios (SPOTA, Alberto G.: “Tratado de Derecho Civil”, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I –Parte General-, volumen 2, págs. 317-318).

Alfredo Orgaz entiende que en el planteamiento correcto del problema, el abuso del derecho no es tema de ilicitud, sino de justificación de un daño causado a otro, y por consiguiente, el elemento de la “culpa le es extraño” (ORGAZ, Alfredo: “Abuso del derecho”, L.L. 143-1210, ap. 12, 2).

Moisset de Espanés dice que “si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por el art. 1071”, pues si “la figura se redujese a la hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley” (MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “El abuso del derecho”, en *El abuso en los contratos*, Guillermo P. Tinti coordinador, Buenos Aires, Abaco, 2002, pág. 39; Ver también CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente pág. 595 nota 106).

Mosset Iturraspe, aludiendo a la responsabilidad nacida del abuso del derecho, dice que en el art. 1071 no se hace alusión a la culpa. En la limitación a los derechos subjetivos, con base en el finalismo de la norma, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, priva un criterio objetivo que margina la culpa o el dolo como elementos estructurales de la figura (MOSSET ITURRASPE, Jorge “Estudios sobre responsabilidad por

contrario, sostiene que no puede dejarse de tomar en cuenta el aspecto subjetivo de la conducta del agente<sup>242</sup>.

Según se ha señalado la solución depende fundamentalmente del criterio que se adopte sobre la índole del acto abusivo, y de la extensión que se le dé: si se lo considera un capítulo de la responsabilidad civil, será imprescindible el cumplimiento de todos sus presupuestos; en cambio, si se interpreta que es un instituto que desborda esos márgenes, no se advierten las razones por las cuales deba exigirse culpa<sup>243</sup>.

Conforme ya se señalara (ver *supra* el título “**La proscripción del abuso**”), la teoría que proscribe el abuso del derecho, tanto en el Código de Vélez reformado por ley 17.711, y con mayor razón en el nuevo Código Civil y Comercial, constituye un “*Principio General del Derecho*”. Por tal motivo resulta acertado el criterio que entiende que el abuso se configura en forma objetiva, sin que requiera que exista culpa o dolo en el agente<sup>244</sup>, sin perjuicio que la concurrencia de estos aspectos agraven el abuso como sus consecuencias<sup>245</sup>. Pero, conforme se ha señalado, en la mayoría de los casos resueltos, la culpa surge *in re ipsa*,

---

daños”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 1980, págs. 58-59; “Responsabilidad por Daños. Parte General”, Buenos Aires, Ediar t. I, pág. 333, n° 114, e).

La imputación de culpa no constituye uno de los parámetros legales exigidos para considerar verificada la existencia de abuso del derecho (art. 1071 cód. Civil) (CSJN, 26-8-1986, Dirección Nacional de Vialidad vs. Barbagelata e Hijos S.R.L.”, Fallos 308:1339; Rep. E.D. 21-56, n° 7).

Para que exista abuso no se exige que el comportamiento del titular del derecho sea doloso o culposo, intencional o negligente (CNCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394).

<sup>242</sup> Sobre los que definen la tesis subjetiva (Condorelli, Véscovi, Gozaíni, Borda), ver BALESTRO FAURE, Miryam: “La proscripción del abuso de los derechos procesales”, en la obra colectiva “Abuso Procesal”, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 135, específicamente pág. 146.

El titular de un derecho abusa del mismo cuando al ejercerlo procede con dolo, culpa o negligencia (CNCiv., Sala D, 13-9-1968, E.D. 25-51).

El abuso del derecho se valora en la responsabilidad aquiliana por la teoría de la culpa; si hay intención de dañar, es delito; si media culpa o negligencia, cuasidelito. En ambos casos se responde por aplicación de las normas referentes a la imputabilidad y a la obligación de indemnizar el daño (CNCiv., Sala D, 31-7-1967, E.D. 21-345).

Resulta innecesaria para la configuración del abuso del derecho que su autor haya procedido de mala fe o lesionando la regla moral, ni que haya actuado sin un interés legítimo o movido por la intención de dañar a la otra parte, sino que el ejercicio del derecho ocasione a esta un perjuicio anormal y excesivo (CNCiv., Sala E, 14-4-2000, L.L. 200-F-893; DJ 2001-1-330).

<sup>243</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 63.

<sup>244</sup> PEYRANO, Jorge W.: “Soluciones Procesales”, Juris, pág. 40. En la obra colectiva “Abuso Procesal”, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, ver: AIRASCA, Ivana María: “Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso”, pág. 89, específicamente pág. 99; ÁLVAREZ, Mariela: “Abuso del proceso”, pág. 115, específicamente págs. 121, 126; BALESTRO FAURE, Miryam: “La proscripción del abuso de los derechos procesales”, pág. 135, específicamente pág. 146; KIELMANOVICH, Jorge L.: “El abuso del derecho en las medidas cautelares”, L.L. 2012-E-1208.

<sup>245</sup> Debe imponerse a la aseguradora demandada y a su letrado una multa del 10 % del monto total del juicio, toda vez que estos transgredieron el deber genérico de cooperación con la administración de justicia, pues a sabiendas de que las cuestiones planteadas para rechazar el legítimo reclamo del accionante -en el caso, cobro del seguro pactado por el siniestro que sufrió- carecían de todo andamio obligaron a un dispendio jurisdiccional con sus estériles negativas carentes de sustento, violando los deberes de lealtad, probidad y buena fe (CNCom., Sala B, 25-8-03, L.L. revista del 6 de noviembre de 2003, fallo 106.475).

es decir, deducida de la misma conducta abusiva<sup>246</sup>.

Pero con relación específica al resarcimiento de los “daños y perjuicios” ocasionados por el ejercicio abusivo, se ha señalado que la responsabilidad extracontractual por los daños causados por el abuso –y en particular el abuso procesal-, no es de carácter autónomo, sino que se rige por los principios generales de la responsabilidad civil<sup>247</sup>, sin perjuicio de tomar en cuenta las características propias vinculadas al ámbito en donde se produce<sup>248</sup>. Sea que la imputación de responsabilidad se base en un factor de atribución objetivo, o en uno subjetivo, lo cierto es que para que opere la responsabilidad de la parte que incurre en abuso es menester que concurren los presupuestos generales de la responsabilidad civil (antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación de “causalidad”)<sup>249</sup>. Es decir, se debe acreditar también el nexo causal entre el daño y la conducta abusiva (causalidad adecuada)<sup>250</sup>. Sin embargo, sobre el tema de si es necesario a los efectos de la responsabilidad la imputación de dolo o culpa, o si, por el contrario, se trata de una responsabilidad objetiva, han existido posiciones encontradas: **a)** por un lado hay quienes entienden que la acreditación de los factores subjetivos de dolo o culpa son necesarios para que proceda el resarcimiento de los perjuicios derivados del acto abusivo de conformidad a lo que surge de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Civil (art. 1067)<sup>251</sup>; es decir, según esta posición que sigue la mayor parte de la doctrina y

---

<sup>246</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, págs. 63-64.

Cuando en el ejercicio de un derecho se escoge la vía más dañosa para el deudor, sin obtener el acreedor mayor provecho que aquel que habría alcanzado si hubiera seguido el camino menos dañoso, no es necesario buscar el elemento subjetivo configurante de la culpa (CNCiv., Sala D, 28-9-1964, E.D. 11-376).

<sup>247</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1978, pág. 59 y tomo IV-B, 1980, pág. 433; PEYRANO, Jorge W.: “Responsabilidad derivada del abuso del Derecho en el ámbito del proceso civil santafesino”, en la obra colectiva “Abuso Procesal”, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 413, específicamente pág. 416/417.

El ejercicio de un derecho se convierte, cuando es abusivo, en un acto ilícito, que es causa de la obligación de reparar el daño producido (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1978, pág. 59 y tomo IV-B, 1980, pág. 433).

Dice Llambías que el ejercicio de un derecho se convierte, cuando es abusivo, en un acto ilícito, que es causa de la obligación de reparar el daño producido (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1978, pág. 59 y tomo IV-B, 1980, pág. 433).

<sup>248</sup> BARRECA, Mabel C. y KRAISELBURD, Susana B.: “Reparación de los daños y perjuicios fundados en el abuso procesal”, en la obra colectiva “Abuso Procesal”, director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 331, específicamente pág. 339.

<sup>249</sup> CJ Tucumán, Sala Criminal y Penal, 31-5-1996, L.L. 1996-D-569; L.L. NOA 1998-9; DJ 1996-2-1098.

<sup>250</sup> BALESTRO FAURE, Miryam: “El abuso de los derechos procesales”, Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 11-10-2005, 12; L.L. Online cita AR/JUR/2734/2005, ap. XV, b.

<sup>251</sup> En la obra colectiva “Abuso Procesal”, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, ver: PEYRANO, Jorge W.: “Abuso de los derechos procesales”, pág. 75, específicamente págs. 79/81; AIRASCA, Ivana María: “Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso”, pág. 89, específicamente pág. 102; BALESTRO FAURE, Miryam: “La proscripción del abuso de los derechos procesales”, pág. 135, específicamente pág. 146; PEYRANO, Marcos L.: “El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal”, pág. 199, específicamente págs. 205; y E.D. 184-1510, específicamente pág. 1513. Ver

jurisprudencia, si bien los efectos propios del ejercicio abusivo (como ser, impedir que alcance sus consecuencias, prevención del daño, reposición al estado anterior, nulificación, etc.) no dependen del factor subjetivo de atribución, ello sí resulta necesario para que exista acto ilícito “punible” y proceda el resarcimiento<sup>252</sup>; y **b)** por otro lado hay quienes entienden que vincular inexorablemente el abuso con la culpabilidad a efectos del resarcimiento es un “vicio” de la doctrina francesa y sus seguidores: consideran, por el contrario, que “la responsabilidad de quien al actuar en abuso de sus facultades o prerrogativas daña a otro no requiere de una imputación subjetiva (dolo o culpa), sino que el ‘abusador-dañador’ responde objetivamente, con la base en la creación, con esa conducta indebida de ir más allá de lo regular, de un riesgo, que se vuelve perjuicio”<sup>253</sup>. Con relación a esta última posición cabe señalar que mientras hay quienes entienden que el texto del art. 1113 del Cód. Civil modificado por ley 17.711 sólo contempla el supuesto de “*cosa riesgosa*” y no incluye la “*actividad riesgosa*”<sup>254</sup>, otros sostienen que el citado art. 1113 incluye a ambas<sup>255</sup>. Esta

---

también PEYRANO, Jorge W.: “¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?”, E.D. 159-925, ap. III. Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7.

Son elementos constitutivos del ejercicio abusivo de un derecho: a) existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres; c) existencia de un daño; d) la imputabilidad del responsable; e) existencia de dolo o culpa, a los efectos de la responsabilidad civil (CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, 31-7-1997, L.L. 1999-D-759 y L.L. NOA 1998-1326).

<sup>252</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7.

Para que surja responsabilidad aquiliana derivada de “abusos procesales” deberá existir siempre -aquí dolo o culpa del “abusador” pero este aspecto subjetivo no es de ninguna manera un requisito indispensable para que se configure un abuso procesal (PEYRANO, Marcos L.: “El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su relación con el principio de moralidad procesal”, E.D. 184-1510, específicamente pág. 1513).

El abuso del derecho se valora en la responsabilidad aquiliana por la teoría de la culpa; si hay intención de dañar, es delito; si media culpa o negligencia, cuasidelito. En ambos casos se responde por aplicación de las normas referentes a la imputabilidad y a la obligación de indemnizar el daño (CNCiv., Sala D, 31-7-1967, E.D. 21-345).

<sup>253</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, en Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil”, comentario al art. 1071, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2007, pág. 58; PSAROPOULOS Savickas, Ana Victoria: “Abuso de derecho y jurisdicción”, DJ 2013-1 y L.L. Online cita AR/DOC/2332/2013, ap. III.

El criterio para distinguir el ejercicio irregular o abusivo del regular o funcional es “objetivo”, atiende a los resultados, a las consecuencias, y prescinde entonces de factores subjetivos: culpa y dolo. No es exigente válida, frente a la responsabilidad que engendra un ejercicio abusivo, la alegación de la no conciencia o de la imprevisibilidad (resultado no querido) (MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Responsabilidad por daños. Eximentes”, Buenos Aires, Ediar, tomo III, 1980, pág. 103).

Calderón aduce que razones de índole extranormativa (inherentes a la tésis del sistema resarcitorio y a la necesidad de maximizar los medios de tutela, lo llevan a inclinarse por la postura objetivista, que hace jugar el deber resarcitorio sin necesidad de la concurrencia de un factor subjetivo (CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente págs. 595-596).

<sup>254</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J.: “Sistema de Jurisprudencia Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II., 2012, págs. 2408 y 2415; ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado”, L.L. 1990-B-1101, ap. 7, con las siguientes citas PIZARRO, Ramón D.: “La responsabilidad civil por actividades riesgosas”, L.L. 1989-C-936; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: “Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113”, Buenos Aires, 1987, pág. 222; PARELLADA, C.A.: “El

discrepancia queda zanjada con el art. 1757 del nuevo Código Civil y Comercial que incluye a ambos supuestos; textualmente dice: “*Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización*”<sup>256</sup>.

También se ha señalado que si los responsables son varios, la obligación resarcitoria es solidaria (at. 1109 Cód. Civil modificado por ley 17.711)<sup>257</sup>.

c) Daño. También el **daño** constituye un elemento necesario para que pueda cuestionarse una conducta como abusiva<sup>258</sup>. Pero no cualquier daño es suficiente para configurar el abuso del derecho, sino que debe ser un daño cierto y no meramente dialéctico o probable<sup>259</sup>; es menester que sea grave, desproporcionado<sup>260</sup>, anormal, excesivo<sup>261</sup>. Si bien

---

tratamiento de los daños en el Proyecto de Unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, L.L. 1987-D-977; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: “Aplicación del sistema de ‘actividad riesgosa’ a los daños modernos”, L.L. 1989-C-945; LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “La atribución objetiva de responsabilidad con limitaciones indemnizatorias en la unificación del Derecho privado”, L.L. 1988-C-823.

<sup>255</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, en Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil”, comentario al art. 1113, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2007, pág. 343, con cita de los siguientes fallos: CJCJ Buenos Aires, 25-8-1998, L.L. Buenos Aires 1998-1348; TSJ Córdoba, Sala Laboral, 25-4-1983, L.L. Córdoba 1984-516.

<sup>256</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo: en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires La Ley, tomo IV, 2014, pág. 1123.

<sup>257</sup> LLAMBIÁS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; BORDA, Guillermo A: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 51-52.

<sup>258</sup> Sobre el tema, ver WEINBERG, Inés M.: “El daño objetivo en el abuso del derecho”, E.D. 61-473.

Quien obra con abuso de derecho debe resarcir el daño que hubiera ocasionado, al paso que este abuso de derecho invalida el acto jurídico correspondiente y destituye la acción judicial que en él se funda (CNCiv., Sala E, 20-3-1975, E.D.61-473).

Dice Peyrano que un acto sería abusivo -más allá de toda injerencia de un proceder doloso o culposo- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando -claro está- dicha desviación haya causado un “daño procesal” (PEYRANO, Jorge W.: “Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil”, en en la obra colectiva “Abuso Procesal”, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 189, específicamente pág. 192).

El que incurre en abuso de derecho será responsable de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier hecho ilícito (BORDA, Guillermo: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 52).

Quien obra con abuso de derecho debe resarcir el daño que hubiere ocasionado; al paso que ese abuso de derecho invalida el acto jurídico correspondiente y destituye la acción judicial que en él se funda (CNCiv., Sala E, 20-3-1975, E.D. 61-472).

Quien pone las vías legales al servicio de una voluntad fundada en la malicia, el rencor o la venganza, con el propósito de causar daños o molestias al adversario, es lo que tipifica el abuso del derecho a la jurisdicción (CNCiv., Sala D, 18-5-1973, E.D. 51-539; Id., Sala A, 26-9-1974, E.D. 62-346).

<sup>259</sup> CNCiv., Sala E, 20-3-1975, E.D. 61-472. Dice este fallo que “daño significa lesión arbitraria, no previsible ni imputable al álea comercial normal; el daño no debe ser, pues, eventual o menguado, debe ser cierto y no meramente dialéctico o probable (CNCiv., Sala E, 20-3-1975, E.D. 61-472).

No procede acudir a la defensa de abuso del derecho si los perjuicios sufridos por el deudor son escasos, eventuales e hipotéticos; el daño debe ser cierto y no problemático (CNEsp.Civ.Com., Sala I, 28-6-1974, E.D. 58-237; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 63).

<sup>260</sup> CNCiv., Sala D, 18-5-1973, E.D. 51-539. Agrega el fallo que no debe olvidarse que en todo litigio la parte vencida resulta de ordinario perjudicada, aunque el triunfador haya ejercido normalmente su derecho, sin desviarse de los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo, es necesario que medie una injusticia notoria y repugnante al sentimiento moral para que el juez pueda negar su apoyo a quien esgrime una disposición legal. Conf. CNEsp. Civ.Com., Sala I, 28-6-1974, E.D. 58-236. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código



podría considerarse suficiente para calificar un acto como abusivo que en su realización haya existido desviación de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, su cuestionamiento o sanción sólo debe hacerse cuando haya existido realmente un perjuicio, y ese perjuicio pueda ser debidamente identificado o probado<sup>262</sup>; se trata de la aplicación del principio general que dice que el interés es la medida de las acciones<sup>263</sup>. Debe tenerse en cuenta que el art. 1718 del Código Civil y Comercial contempla como justificación al hecho que causa un daño si lo es “en ejercicio regular de un derecho”<sup>264</sup>.

También se ha señalado que el abuso del derecho puede invocarse para impedir que pueda producirse un daño futuro o inminente: no prevé expresamente la posibilidad el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711, pero ello está en el espíritu del artículo<sup>265</sup>. Sí está previsto en el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial al contemplar en el último párrafo que “*el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...*”; se trata de la función “preventiva” que la norma atribuye al juez<sup>266</sup>.

### **El rol del juez en la determinación del abuso del derecho**

Conforme ya se ha destacado, el abuso integra la categoría de los “*conceptos jurídicos indeterminados*”<sup>267</sup>; de allí que para establecer sus efectos deben analizarse

---

Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 63; CNCiv., Sala G, 3-7-2001, E.D. 194-531.

<sup>261</sup> CNCiv., Sala H, 23-5-1997, L.L. 1998-B-27; Id. Id., 28-5-1995, L.L. 1997-D-469.

Resulta innecesaria para la configuración del abuso del derecho que su autor haya procedido de mala fe o lesionando la regla moral, ni que haya actuado sin un interés legítimo o movido por la intención de dañar a la otra parte, sino que el ejercicio del derecho ocasione a esta un perjuicio anormal y excesivo (CNCiv., Sala E, 14-4-2000, L.L. 2000-F-893; DJ 2001-1-330).

<sup>262</sup> ÁLVAREZ, Mariela: "Abuso del proceso", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 115, específicamente págs. 126.

<sup>263</sup> Dice Guillermo F. Peyrano que no existiendo daño, carecería de todo interés analizar el modo de ejercicio de las prerrogativas jurídicas procesales. "Sin daño no hay interés, y sin interés no hay acción". Como expresara von Ihering, "el interés es la medida de las acciones", y no habría posibilidad de accionar para obtener la condena de un acto presuntamente abusivo, si careciera de interés tal declaración. (PEYRANO, Guillermo F.: "Abuso de Derechos Procesales. Algunos interrogantes a su respecto", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 169, específicamente pág. 178).

<sup>264</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo: en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires La Ley, tomo IV, 2014, pág. 1015-1016.

<sup>265</sup> El art. 171 del Código Civil incurrió en el defecto de no preveer expresamente la posibilidad de que el abuso del derecho se invoque no solamente para sancionar un daño causado, sino también para impedir que pueda producirse un daño futuro o inminente, como en cambio lo hace el Código Peruano. Pero no hay duda que ello está en el espíritu del art. 1071 porque el derecho moderno se ocupa tanto de sancionar el daño causado como de prevenirlo (CNCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394).

<sup>266</sup> RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, tomo I, 2014, págs. 88-89.

<sup>267</sup> MORELLO, Augusto M.: "El abuso del proceso. El abogado ante la realidad del servicio de Justicia", en “El derecho y nosotros”, La Plata, Platense, 2000, pág. 65, y en "La eficacia del proceso", 2º edic., Buenos Aires, Hammurabi, pág. 73, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en su voto como integrante de

cuidadosamente las circunstancias particulares de cada caso<sup>268</sup>. Al respecto se ha señalado que la aplicación del art. 1071 del cód. civil –reformado por ley 17.711- no exige un análisis lógico formal sino una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real<sup>269</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la valoración de extremos tan generales como es la buena fe, también la culpa del deudor, el ejercicio abusivo de los derechos, no queda por razón de su generalidad librada a la actividad discrecional del juzgador, sino que, por el contrario, un imperativo de nuestro sistema exige que tales extremos necesariamente sean apreciados con toda objetividad, es decir, conforme a las circunstancias que el caso concreto exhibe<sup>270</sup>, lo que supone un criterio de análisis integral de la situación sin incurrir en parcializaciones o estudios incompletos<sup>271</sup>; y si el razonamiento argumentativo que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica judicial de tal modo que prive una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es, del correcto entendimiento judicial, el recurso extraordinario resulta procedente y debe dejarse sin efecto la sentencia recurrida<sup>272</sup>.

Se ha cuestionado muchas veces -en particular en el II Congreso Nacional de Derecho Civil- el rol de los jueces en la determinación del abuso del derecho: se ha dicho que es función impropia de los magistrados, que abría la puerta de la arbitrariedad, la incertidumbre o la anarquía, que ello podría motivar diferencias de trato en el marco de un estado federal, etc.; otros, en cambio, reivindicaban la idoneidad de los jueces para dotar de contenido a la fórmula legal del abuso del derecho. Calderón defiende el rol asignado a los jueces en este aspecto: destaca en tal sentido el rol jurigenético fundamental que tiene el Poder Judicial en el ejercicio de su función, ya que por la generalidad y abstracción las normas resultan insuficientes para contemplar la singularidad irrepetible del obrar concreto,

---

la CJMendoza, Sala I, 21-2-03, E.D. 202-430, específicamente pág. 439; CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, E.D. 222-398, fallo n° 54.661; MORO, Carlos E.: “*Forum shopping* = nulidad”, E.D. 240-887. CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, Fallos 330:834; E.D. 222-398, fallo n° 54.661.

El abuso del derecho es un concepto relativo, una figura abierta, que dependerá de múltiples factores (TROPEANO, Darío: “Esbozo sobre el abuso en materia concursal”, L.L. 2004-B-1294).

<sup>268</sup> KEMELMAJER DE CALUCCI, Aída, en su voto como integrante de la CJMendoza, Sala I, 21-2-03, E.D. 202-430, específicamente pág. 439.

Siendo el abuso de derecho mentado por el art. 1071 del código civil un concepto jurídico indeterminado, los jueces no pueden buscar la fenomenología del acto abusivo sino casuísticamente, ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas (CSJN, 15-3-07, “Arcángel Maggio S.A.”, Fallos 330:834; E.D. 222-398, fallo n° 54.661).

<sup>269</sup> CApel.Civ.Com. Mercedes, Sala III, 28-4-2009, E.D. 233-255.

<sup>270</sup> CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532; SC Buenos Aires, 23-7-1980, E.D. 90-289; Id., 4-6-1985, E.D. 120-676, 800-SJ.

<sup>271</sup> CJ Buenos Aires, 4-6-1985, E.D. 120-676, 800-SJ

<sup>272</sup> CSJN, 26-9-1974, “Peuser S.A. vs. Arzoumanian, B. y Cía., S.A.”, Fallos 289:495; E.D. 57-532; SC Buenos Aires, 23-7-1980, E.D. 90-289; CNEsp.Civ.Com., Sala II, 25-2-1981, E.D. 93-186.

con sus características y particularidades, sobre todo en los denominados “casos difíciles”; esta desproporción ontológica entre la generalidad y la abstracción de las normas legales y la conducta singular explica la mediación de la justicia, que permite individualizar una solución concreta mediante una aplicación que es también creativa de derecho; alude también a los nuevos papeles y roles que asume el juez en la actualidad (activismo judicial); y finalmente a que en los últimos tiempos se ha ido consolidando el uso activo de conceptos abiertos por la magistratura, surgiendo incluso nuevos paradigmas con un compromiso directo en la realización de valores y la protección de los derechos humanos. Por ello concluye que no es sustentable cuestionar la figura del abuso del derecho por conceder a los magistrados potestades vinculadas con las limitaciones del ejercicio de los derechos individuales, siendo que los jueces comportan el engranaje dirimente en la efectiva vigencia del derecho objetivo y la tutela del personalismo solidario que informa nuestro sistema constitucional<sup>273</sup>.

Resulta oportuno resaltar nuevamente los conceptos que expresara Borda –quien ha sido magistrado judicial además de doctrinario del derecho- quien ha señalado que no son justificados los temores de quienes piensan que esta facultad en manos de los jueces pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen, ya que aquéllos, “por su formación en el culto del derecho, son naturalmente respetuosos de la ley; su sistema de designación y su carácter vitalicio, que los aleja de la política, los aparta también de la tentación demagógica que más de una vez impulsa al legislador a dictar leyes lesivas de los derechos individuales para halagar a su clientela política. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrado y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría”. Señala luego que para que haya abuso es necesario que medie una injusticia notoria, una consecuencia no prevista por la ley y repugnante al sentimiento moral del juez, para que éste pueda negar su apoyo a quien esgrime en su favor una disposición legal. Es una noción elástica, de la que los jueces deben

---

<sup>273</sup> CALDERÓN, Maximiliano Rafael: “El abuso del Derecho y los Congresos Nacionales de Derecho Civil”, en “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1938 – 1961 – 1969)”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, t. I, págs. 565 y ss., específicamente págs. 572 y 590 y ss. con cita de SANTIAGO.

servirse con suma discreción, pero con firmeza<sup>274</sup>.

Advertía Bibiloni en la nota al art. 411 de su Anteproyecto -con relación a la importancia de la labor del juez en esta materia, particularmente para privar de efectos a una cláusula contractual- que ante la falta de criterios de aplicación "...se entrega todo, ley, derechos, fortuna, honor, a la vaga incertidumbre de las palabras vacías. Lo único que hay es el arbitrio judicial. De su opinión resultará cual es el verdadero significado social y económico de la ley. Y eso que la ley no ha acertado a definir lo encontrará el juez, con ley, sin ley y contra la ley. Cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico. Lo que no saben los escritores, puesto que sólo le dan fórmulas generales, lo que no sabe tampoco la ley, eso lo sabrá el juez"<sup>275</sup>.

### **Aplicación de oficio o a pedido de parte de la teoría del abuso del derecho**

Sobre el tema han existido dos posiciones en la jurisprudencia.

a) Un criterio entiende que debe invocarse en cada caso por el interesado la aplicación de la teoría del abuso del derecho, ya que hacerlo de oficio es inconstitucional porque afecta el derecho de defensa y el debido proceso<sup>276</sup>.

b) En sentido contrario se ha considerado que la aplicación a un caso concreto de la teoría que proscribe el abuso del derecho (art. 1071 del Código Civil reformado por ley 17.711) no se supedita a su invocación por el interesado<sup>277</sup> por cuanto constituye una norma imperativa de orden público<sup>278</sup>. Dice Kielmanovich que la aplicación judicial del abuso del

---

<sup>274</sup> BORDA, Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, págs. 41-42 y 50

<sup>275</sup> BIBILONI, Antonio: "Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino". T. I (Parte General), Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, p. 209, citado por CSJN, 4-8-1988, "Automóviles Saavedra S.A. vs. Fiat Argentina S.A.", Fallos 311:1337 y por ALTERINI, Jorge Horacio: "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", L.L. 2014-C-1012, ap. V.

<sup>276</sup> CNCiv., Sala B, voto del doctor Vernengo Prack, 5-12-1978, E.D. 81-775.

Quando se pone en juego un derecho subjetivo, en donde sólo se avizoran intereses patrimoniales particulares, es necesario que la causal del ejercicio abusivo del derecho se invoque expresamente por las partes (CNCiv., Sala C, 31-8-1984, E.D. 111-393).

<sup>277</sup> CApel.Civ.Com. Mercedes, Sala II, voto del doctor Tarsia, 1-6-1979, E.D. 84-714.; C5°Civ.Com. Córdoba, 3-10-1986, E.D. 124-440. Conf. VENINI, Juan C.: "El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces", J.A. 1980-III-780; KIELMANOVICH, Jorge A.: "El abuso del derecho en las medidas cautelares", L.L. 2012-E-1208; YORIO, Elvira Martha: "El abuso del derecho" en Revista Notarial, n° 853, 1980, pág. 2223, específicamente pág. 2236.

El ejercicio abusivo del derecho es un punto que actualmente suele ser considerado de oficio por los tribunales, por cuanto en definitiva establecer si el ejercicio de una facultad se ha realizado en forma regular, es tanto como poner en tela de juicio si ha sido conforme a la moral y las buenas costumbres o, por el contrario, la prerrogativa ha sido ejercida en forma abusiva (CNCiv., Sala F, 13-6-1979, L.L. Online cita AR/JUR/174/1979).

<sup>278</sup> C5°Civ.Com. Córdoba, 3-10-1986, E.D. 124-440, con comentario favorable de GONZÁLEZ DE PRADA, María y WAYAR, Ernesto C.: "La función creadora del juez: Aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho", E.D. 124-440; CJ Santa Fe, 26-6-1991, L.L. 1991-D-349. Conf. SPOTA, Alberto J.: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, Depalma, t. I vol. 2 (2), 1960, pág. 342, n° 346; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H.: "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, Abeledo-

derecho no requiere de concreta petición de parte, desde el momento que establecer si el ejercicio de un derecho o facultad lo ha sido en forma regular o no, o si se han excedido los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, es una cuestión que interesa al orden público y por lo tanto se halla fuera del ámbito de la disponibilidad privada de las partes<sup>279</sup>. Este es el criterio que ha predominado en la jurisprudencia<sup>280</sup>.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no es exigible que la parte en su escrito judicial introductorio haga una alegación de la teoría del abuso del derecho en forma sacramental, bastando que pueda inferirse de las expresiones contenidas en el escrito respectivo<sup>281</sup>.

De todas maneras, lo más importante a tener en cuenta es si están debidamente probado en el juicio -con la debida participación de ambas partes- los hechos que evidencian el ejercicio abusivo de un derecho por una de los litigantes; porque si existen suficientes pruebas, la aplicación de la normativa que proscribe el abuso del derecho la puede hacer el juez de oficio porque no es más que el ejercicio del principio "*iura novit curia*"<sup>282</sup>, y en base

---

Perrot, 1993, pág. 328, n° 925; ÁLVAREZ, Mariela: "Abuso del proceso", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 115, específicamente págs. 133; KIELMANOVICH, Jorge A.: "El abuso del derecho en las medidas cautelares", L.L. 2012-E-1208.

Dice Abraham Luis Vargas que adhiere a la tesis que permite la posibilidad que el magistrado (director del proceso), *sin que medie petición alguna de parte*, proceda sin más y en la sentencia de mérito a declarar que ha mediado (en todo el proceso o en una instancia en particular) un "ejercicio abusivo" por parte de un litigante. No hace mella a ello la crítica que hacen los partidarios de la "tesis negaiva" a la admisión de la declaración de oficio del ejercicio abusivo, toda vez que éstos la basan en el "principio de congruencia", olvidando que la vigencia del mismo tiene más relación con el "principio dispositivo", que con las nuevas funciones que se adjudican al juez dentro del proceso "socializado" o "humanizado", donde pasa a tener el status de "director" en lugar de "elector" (VARGAS, Abraham Luis: "El ejercicio abusivo del proceso (Crítica y Relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y Realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 285, específicamente pág. 325).

<sup>279</sup> KIELMANOVICH, Jorge A.: "El abuso del derecho en las medidas cautelares", L.L. 2012-E-1208.

Muy mal paradas quedarían todas las relaciones de solidaridad que deben mediar entre los individuos... si en los casos concretos, los jueces, contando con las herramientas legales suficientes acogieren derechos ejercidos con sentidos tremendamente egoístas, contrarios a las más elementales normas de buena fe y moral (VENINI, Juan Carlos: "El juez y la inflación", en Revista Notarial, n° 845, pág. 1291; YORIO, Elvira Martha: "El abuso del derecho" en Revista Notarial, n° 853, 1980, pág. 2223, específicamente pág. 2236).

<sup>280</sup> CNCiv., Sala E, 10-3-1977, E.D. 75-478; Id., Sala F, 15-8-1978, L.L. 1979-A-415; Id. Id., 13-6-1979, E.D. 88-179; Id., Sala D, 21-5-1982, E.D. 102-544; CNCiv., Sala M, 7-10-2002, DJ 2003-2-13; CJ Santa Fe, 26-6-1991, L.L. 1991-D-349; CApel.Civ.Com. Córdoba, 5ª Nom., 12-4-1991, L.L. Córdoba 1992-142.

<sup>281</sup> Aun cuando la parte no haya invocado expresamente, a la manera de una fórmula sacramental, el instituto del abuso del derecho, la mención de un enriquecimiento sin causa, no siendo del caso la interpretación del contrato, debe entenderse por aplicación del principio *iura novit curia* como la exteriorización de una conducta francamente antifuncional en el ejercicio de los derechos (CNCiv., Sala E, 15-7-1982, E.D. 102-303).

<sup>282</sup> Cabe la aplicación de oficio del art. 1071 del Código Civil en tanto es inherente a la función jurisdiccional declarar el derecho, y si bien el juez tiene con relación a los hechos, las limitaciones que imponen el principio de congruencia, no sucede lo mismo con las facultades de interpretar y aplicar la ley (ACiv.Com., 5ª Nom., Córdoba, 9-11-1987, L.L. Córdoba 1990-122).

No es necesario un específico planteo, ni siquiera se precisa la invocación expresa de la norma que se refiere al abuso (art. 1071 cód. civil reformado por ley 17.711) para que el juez se expida; si éste al examinar los hechos de la causa encuentra probado que una de las partes pretende ejercer su derecho con exceso, debe

a ello hacer lugar o rechazar las pretensiones o defensas de las partes (lógicamente, no para incluir pretensiones o defensas no alegadas, que excedería de lo que autoriza ese principio y el principio de congruencia); y si han participado ambas partes en la producción de las pruebas respectivas, no puede afirmarse que exista vulneración de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.).

Distinto sería el caso que no se haya alegado el ejercicio abusivo de un derecho, y no existieran suficientes pruebas sobre uno o algunos de los aspectos que lo determinan: en tal caso, la falta de probanzas impiden que se pueda aplicar el principio que prohíbe el abuso del derecho.

En caso de inconducta procesal, rige el mismo principio y el juez puede declararlo oficiosamente<sup>283</sup> y no se haya supeditado al pedido de parte<sup>284</sup>, ya se trate de inconducta genérica (arts.34 inc. 5º, d y 6º, 163 inc. 8º y cc. CPCCN), ya de inconducta específica (arts. 29, 103, 128, 130, 145, 287, 329, 399, 431, 446, 528, 551, 581, 594, 640 y 691)<sup>285</sup>. Debe tenerse en cuenta que la declaración de temeridad o malicia figuran entre los deberes del juez (art. 34 inc. 6º y 168 inc. 8º).

### **Modo de invocar en juicio el ejercicio abusivo de un derecho**

Las partes pueden plantear el ejercicio abusivo de un derecho o prerrogativa a través de una demanda judicial, cuando es la parte actora la que formula el planteo; o al contestar la demanda de cumplimiento deducida por la contraria, cuando es la demandada la que lo invoca<sup>286</sup>.

---

impedirlo, puesto que es él quien aplica el derecho (iura novit curia), ante la mera comprobación del abuso, está obligado a aplicar el precepto (GONZÁLEZ DE PRADA, María y WAYAR, Ernesto C.: "La función creadora del juez: Aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho", E.D. 124-440, ap. V, d).

<sup>283</sup> En contra, PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159925, ap. IV. Considera este autor que resulta improcedente la declaración oficiosa de que media "abuso procesal", dado que el procesal civil sigue siendo predominantemente dispositivo, salvo supuestos extremos.

<sup>284</sup> PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 2, 1988, pág. 145-146.

<sup>285</sup> FASSI, Santiago C. y YÁÑEZ, César D.: "Código Procesal Civil y Comercial", Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo 1, 1988, pág. 269, § 21.

Cualquiera sea el tipo de inconducta que se halle en juego, su calificación y la aplicación de la multa consiguiente constituyen facultades privativas del juez, cuyo ejercicio, por lo tanto, no se encuentra supeditado al pedido de parte (CNCiv., Sala F, 17-4-1979, E.D. 83-597; Id., Sala D, 10-10-1968, E.D. 25-676; Id., Sala B, 14-7-1972, E.D. 46-412).

<sup>286</sup> CIFUENTES, Santos Director, SAGARNA, Fernando Alfredo Coordinador: "Código Civil Comentado y Anotado", Buenos Aires, La Ley, tomo I, 2003, pág. 785; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 69; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "Las defensas de imprevisión y abuso del derecho en el juicio ejecutivo", E.D. 106-803. Dice este último autor que la Corte ha dictado el fallo cumpliendo con el postulado de humanización del proceso, ha "motivado la interpretación en un sentido trascendente de eficacia al servicio que desempeña".

En el juicio ejecutivo, como principio, es inadmisibles la defensa de abuso del derecho, ya que admitirla implicaría permitir la discusión sobre la causa de la obligación<sup>287</sup>, lo que está expresamente prohibido en este tipo de juicio por el art. 544 inc. 6º del CPCCN y sus similares<sup>288</sup>, debiendo la cuestión ventilarse en el proceso de conocimiento posterior (art. 553 CPCCN y sus similares). Debe tenerse en cuenta que la excepción de inhabilidad de título – que es donde cabría ubicar esta defensa- sólo puede fundarse en las irregularidades de que el título pueda adolecer en sus formas extrínsecas, sin que sea posible, mediante esta defensa, cuestionar la causa de la obligación<sup>289</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido en el caso “*Burman*”<sup>290</sup> la discusión de la cuestión del abuso del derecho en una ejecución hipotecaria en donde el bien gravado era la vivienda familiar: en tal sentido ha dicho el Alto Tribunal que el carácter limitativo de los juicios ejecutivos no puede llevarse hasta consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el derecho de defensa, lo que ocurriría si se le privase a la deudora la posibilidad de alegar en una ejecución hipotecaria, las modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la afirmación dogmática de no referirse tales argumentos a las formas extrínsecas o a los presupuestos básicos del juicio ejecutivo, ineficaz para excluir el análisis de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos<sup>291</sup>. También ha señalado la Corte que el pronunciamiento que recaiga es sentencia definitiva: si bien lo ha hecho a los fines de admitir el recurso extraordinario federal (art. 14 de la ley 48), tal conclusión permite inferir también que la decisión firme que se dicte alcanza la calidad de

---

Existe la posibilidad de invocar el ejercicio abusivo de un derecho por medio de una demanda judicial o bien al contestar demanda de cumplimiento de la otra parte, por medio de una defensa (CNCo., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394).

<sup>287</sup> CNCiv., Sala A, 15-11-1984, E.D. 115-652, 202-SJ; CNCCom., Sala C, 29-04-1985, E.D. 117-255; CCiv.Com. Junín, 7-2-1989, L.L. 1990-B-620, 38.141-S; PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 9, 1999, pág. 313-314.

<sup>288</sup> FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 1020-1021; PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 9, 1999, pág. 313 y 350.

El abuso del derecho no es admisible como excepción en el juicio ejecutivo (CNCiv., Sala C, 11-9-1969, E.D. 29-403).

La enumeración que de las excepciones hace el cód. procesal es de carácter taxativo; por consiguiente, en la ejecución hipotecaria es inadmisibles la excepción de abuso del derecho (CNCiv., Sala A, 11-7-1969, E.D. 29-398; Id., Sala B, 26-8-1970, E.D. 34-352; Id. Id., 18-3-1971, E.D. 38-244; Id., Sala C, 11-9-1969, E.D. 29-403; Id., Sala D, 17-7-1970, E.D. 36-467).

<sup>289</sup> CSJN, 6-7-1989, “Provincia de Chubut vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 312:1163; L.L. 1989-E-152

<sup>290</sup> CSJN, 8-3-1983, “Burman, Leonardo vs. Álvarez, Joaquín”, Fallos 305:226; E.D. 103-651; L.L. 1983-D-287.

<sup>291</sup> Sobre el tema, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 69; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “Las defensas de imprevisión y abuso del derecho en el juicio ejecutivo”, E.D. 106-803.

cosa juzgada material.

También ha dicho la Corte Suprema que la regla que limita el examen del título a sus formas extrínsecas no puede llevarse al extremo de admitir una condena fundada en una deuda inexistente, cuando tal circunstancia resulta manifiesta de los obrados, pues lo contrario importaría privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales<sup>292</sup>.

La jurisprudencia igualmente ha admitido en algunos casos la discusión de la cuestión a fin de obtener la reducción de los intereses pactados cuando surgen elementos que permiten advertir que su aplicación determinaría un exceso inadmisibles en su monto<sup>293</sup>. Pero, en la mayoría de los casos se ha destacado que no se trata de un planteo que autorice alguna de las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, y se ha diferido la discusión de la cuestión para la etapa ulterior de cumplimiento de la sentencia de remate, al tratar la planilla de liquidación definitiva<sup>294</sup>.

### **Prueba del abuso**

Si el abuso es alegado por una de las partes, por aplicación de los principios generales en materia de “carga de la prueba”, le corresponde a él acreditarlo<sup>295</sup>, sin perjuicio que, según las circunstancias particulares del caso, corresponda utilizarse la denominada

---

<sup>292</sup> CSJN, año 1970, “Dirección Nacional de Aduanas vs. Fábrica Argentina de Caños de Acero – Industrias Electrometalúrgicas Mauricio Silbert”, Fallos 278:346; Id., año 1980, “Municipalidad de San Isidro vs. Atma .Chloride S.A.”, Fallos 302:861; Id., 4-5-1995, “Fisco Nacional – Dirección General Impositiva vs. José Lequio e hijos SR.”, Fallos 318:643; Id., 26-6-2001, “Fisco Nacional – Administración Federal de Ingresos Públicos vs. Compañía de Transporte El Colorado S.A.C.”, Fallos 324:2009; SC Buenos Aires, 17-5-1994, L.L. Buenos Aires 1994-412 y L.L. Online cita AR/JUR/2047/1994; CFed. Apelaciones Salta, -2-2011, “Banco de la Nación Argentina vs. Ruiz de los Llanos, Néstor”.

<sup>293</sup> CCiv.Com. Junín, 7-2-1989, L.L. 1990-B-620, 38.141-S; PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 9, 1999, pág. 313-314.

Es verdad que cuando la discusión recae sobre la tasa de interés, como principio se ha sostenido que debe discutirse en oportunidad de presentarse la planilla de liquidación, luego de dictada la sentencia de remate. Más, también se ha señalado que no se advierten obstáculos a su tratamiento como excepción de inhabilidad de título si el asunto ha sido debidamente sustanciado entre las partes (CApel.Civ.Com. Salta, Sala III, año 1993, pág. 639; íd. íd. año 1999, pág. 549; íd. íd. año 2000, pág. 300, 420 y 963; Id. Id., 5-7-05, “Compañía vs. Aguirre”, n° 131519, tomo año 2005, pág. 700).

<sup>294</sup> CNCom., Sala D, 14-11-1984, E.D. 115-657; CNCiv., Sala A, 4-4-1967, L.L. 127-1126, 15.579-S; Id. Id., 27-7-1967, L.L. 128-979, 16.037-S; Id. Id., 13-2-1979, L.L. 1981-B-553, 35.853-S9; Id., Sala B, 8-9-1971, E.D. 40-231; Id., Sala E, 30-11-1979, L.L. 1980-A-288; PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 9, 1999, pág. 313-314; CApel.Civ.Com., Salta, Sala III, 5-7-05, “Compañía vs. Aguirre”, n° 131519, tomo año 2005, pág. 700

<sup>295</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; CNCiv., Sala E, 21-3-1995, L.L. 1995-E-166, con nota de SALERNO, Marcelo Urbano: “Pago intempestivo y abuso del derecho” y DJ 1996-1-230; CApel.Civ.Com. Santa Fe, Sala I, 6-2-1998, L.L. Litoral 1998-838 y L.L. Online cita AR/JUR/2209/1998.



“carga dinámica” de la prueba<sup>296</sup>. Se trata de la aplicación del principio general establecido en el art. 377 del CPCCN, según el cual, “*incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer*”; y el párrafo siguiente agrega que “*cada una de las partes deberá probar el supuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción*”. Y la “carga dinámica de la prueba” o “carga probatoria dinámica” se suele aplicar en forma excepcional, y establece que, en razón del deber de colaboración que tienen las partes, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a la que está en mejores condiciones de hacerlo<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> BALESTRO FAURE, Miryam: “El abuso de los derechos procesales”, Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 11-10-2005, 12; L.L. Online cita AR/JUR/2734/2005, ap. VIII, c.

<sup>297</sup> EISNER, Isidoro: “Desplazamiento de la carga probatoria”, L.L. 1994-C-846; PEYRANO, Jorge W.: “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, L.L. 1996-B-1027, y “Procedimiento civil y comercial 1”, Rosario, Juris, 2002, págs. 551 y ss.; “Soluciones procesales”, Rosario, Editorial Juris, 1995, pág. 202; PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio: “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 107-1005; CJ Mendoza, Sala 1ª, 2-6-95, J.A. 1998-I-1116; CNCom., Sala A, 18-4-97, L.L. 1998-C-55; Id., Sala B, 23-2-99, L.L. 1999-E-717; Id., Sala E, 19-10-98, L.L. 1999-B-174; CApel. CC. Salta, Sala III, 28-5-07, Diners vs. López, expediente de Sala n° 181322, Protocolo año 2007, pág. 592.

En el marco legal previsto por el art. 377 del Cód. Procesal, en virtud de la directiva sobre las cargas probatorias dinámicas, se encuentra con mayor obligación de probar aquel que está en mejores condiciones o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para armar al conocimiento del juzgador el esclarecimiento de los hechos (CNTrab., Sala II, 26-3-96, DT, 1996-B-1795; DJ 1996-2-918; La Ley Online cita AR/JUR/4550/1996).

Más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así, pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en los que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, voto de los doctores Casás y Lozano, 20-2-08, E.D. 226-713).

Parte de la doctrina sostiene que pesa sobre el actor la carga de la prueba de la culpa del médico. Sin embargo, tal criterio se encuentra actualmente en crisis en razón de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirse, caso contrario puede originar una presunción en su contra. En el supuesto de la mala praxis médica indudablemente no es el damnificado, en la mayoría de los casos, quien ocupa tal posición ventajosa (CNCiv., Sala K, 3-8-09, E.D. revista del 28-1-2011, fallo n° 56.726).

Sin embargo, se ha advertido que la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” puede aplicarse en la medida que no se contraponga abiertamente al sistema probatorio adoptado por la ley procesal. Es decir, no puede aplicarse *contra legem*. Si se opone al texto legal no se trata ya de una integración de la ley, sino de un desplazamiento de la ley. Y ello tiene el grave inconveniente de que su aplicación sorpresiva por el juez al dictar sentencia puede alterar gravemente el derecho de defensa de la parte a quien se le imputa que en su cabeza recaía la carga probatoria. Se ha considerado que la única forma en que podría hacerse compatible la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” con el art. 375 del Cód. procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires (similar al art. 377 del Código nacional), es mediante el pedido expreso de la parte actora, al formular la demanda, de que –dadas las circunstancias del hecho invocadas– se aplique aquella al dictar sentencia y que, con el traslado de la demanda se sustancie debidamente con la accionada, cuestión que –al abrirse a prueba– tendría que ser objeto de un pronunciamiento expreso por parte del juez acerca de si la aplicará o no al sentenciar: sería la única forma de garantizar el derecho de defensa y evitar sorpresas en la sentencia (CApel.Civ.com. Mercedes, Sala I, 4-5-2006, E.D. 222-189). Para prevenir tal defecto, el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, realizado en 1993 por los Doctores Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello dispone en el art. 365 que en la audiencia preliminar el Tribunal, “en los supuestos excepcionales previstos por el art. 367 párrafo 2 si el Juez considerase que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo hará saber”

Como ya se señalara<sup>298</sup>, la carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la *litis*<sup>299</sup>. En igual sentido, Palacio señala que las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido del fallo cuando ocurre aquella circunstancia, y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga<sup>300</sup>. La carga de la prueba, dice Fassi siguiendo a Devis Echandía, es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentran en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables<sup>301</sup>. Sobre el tema de la carga de la prueba, el postulado que rige es que la falta de prueba se vuelve en contra de la parte que tenía la tarea de hacerlo quien, por tal omisión, no logrará el progreso de su pretensión o defensa<sup>302</sup>. Conforme se ha resuelto, por natural derivación del principio de adquisición procesal, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados; pero, contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los

---

<sup>298</sup> LOUTAYF RANEA, Roberto G. y otros: “Principio dispositivo”, Buenos Aires, Astrea, 2014, págs. 52-58 y 427-428, § 98.

<sup>299</sup> (FASSI, Santiago C.: “Código Procesal Civil y Procesal”, Buenos Aires, Astrea, tomo I, 1971, pág. 671 n° 1.381; FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 415.

La carga de la prueba no supone, como principio general, un derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante, pues configura una circunstancia de riesgo consistente en que quien no prueba lo invocado en su posición, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la *litis* (CApel.Civ.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 10-2-2005, E.D. 214-572).

La carga de la prueba no es una distribución del poder de probar que tienen las partes, sino del riesgo de no hacerlo y no supone un derecho sino un imperativo de cada litigante (CNCom., Sala B, 14-2-2005, E.D. 212-107).

<sup>300</sup> PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo IV, 1972, pág. 362.

<sup>301</sup> FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Astrea, tomo 3, 2002, pág. 414-415; DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba”, tomo I, pág. 426; COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 209/214; REIMUNDÍN, Ricardo: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Viracocha, t. I, 1957, pág. 127/132.

<sup>302</sup> Apel.CC. Salta, Sala III, 23-5-05, “Aranda vs. Vega”, n° 102260, Protocolo año 2005, pág. 511: Id. Id., 18-7-05, Jerez vs. Padilla, Expte. N° 120262, Protocolo año 2005, pág. 497.

hechos controvertidos<sup>303</sup>.

Por lo tanto, sólo en ausencia o insuficiencia de prueba es necesario recurrir a las reglas de distribución de la *carga de la prueba*, a fin de determinar cuál de las partes tenía la carga de la demostración de un hecho y hacer caer sobre ella la responsabilidad por la falta de su acreditación<sup>304</sup>; porque las reglas sobre distribución de la carga de la prueba cobran relevancia en ausencia de medios de convicción sobre los hechos controvertidos para establecer cuál de las partes debe soportar las consecuencias que provoca esa deficiencia<sup>305</sup>; conforme se ha señalado, la teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba<sup>306</sup>. En cambio, tales reglas no operan cuando hay elementos suficientes susceptibles de fundar la convicción en el caso concreto, cualquiera sea la parte que las haya aportado, porque en tal supuesto rige el principio de adquisición procesal<sup>307</sup>, y resulta indiferente establece a cuál de los litigantes correspondía probar<sup>308</sup>.

Conforme se ha señalado, las reglas de distribución de la carga de la prueba cobran

---

<sup>303</sup> CApel. Civil y Comercial, Lomas de Zamora, Sala I, 4-5-2004, L.L. Buenos Aires 2004-1289, La Ley Online cita AR/JUR/2429/2004.

<sup>304</sup> CFed. San Martín, 5-3-90, “Vita, Nicolás R. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L.L. 1990-E-453; DJ, 1991-1-512; CApel. Civil y Comercial, Lomas de Zamora, Sala I, 4-5-2004, L.L. Buenos Aires 2004-1289, La Ley Online cita AR/JUR/2429/2004. En este último fallo se ha resuelto que, por natural derivación del principio de adquisición procesal, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados; pero, contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos.

En virtud del principio de adquisición procesal, cuando los hechos esenciales y contradictorios de la causa están acreditados, es indiferente examinar a cual de los litigantes corresponde probar. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos. Lo que decide el pleito es la prueba y no las manifestaciones unilaterales de los litigantes (CFed. Apelaciones San Martín, 5-3-1990, “Vita, Nicolás vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L.L. 1990-E-453, La Ley Online cita AR/JUR/1210/1990, DJ 1991-1-512).

La carga de la prueba se presenta en la formación lógica de la sentencia cuando falta prueba, bien por insuficiente, incompleta o simplemente a consecuencia de la frustración de la actividad procesal de las partes (CNCom., Sala A, 28-5-99, “Saad, Mario vs. Edrosa, Hugo E.”, L.L. 1999-F-87; DJ 2000-1-1233).

<sup>305</sup> PALACIO, Lino E.: “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo IV, 1077, págs. 362-363. Conf. CNCiv., Sala G, 23-8-93, “Papasodaro, Carlos A. vs. Monsa”, L.L. 1994-E-379, La Ley Online cita AR/JUR/437/1993; CNCom., Sala A, 28-5-99, “Saad, Mario vs. Edrosa, Hugo E.”, L.L. 1999-F-87, La Ley Online cita AR/JUR/1879/1999, y DJ, 2000-1-1233; CNCiv., Sala G, 23-8-93, L.L. 1994-E-379.

Dice Prieto Castro que si ambas partes aportan las pruebas necesarias a su respectiva posición y el resultado de convencer al juez se obtiene, carece de interés entrar en el problema de la distribución de la carga de la prueba; pero si han quedado hechos de la relación jurídica controvertida sin probar, se plantea entonces la cuestión con toda su importancia (PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: “Derecho Procesal Civil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1968, pág. , 470, § 270).

<sup>306</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo: “Derecho Procesal Civil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, volumen I, 1968, pág. , 470, § 269.

<sup>307</sup> CNCiv., Sala G, 23-8-93, “Papasodaro, Carlos A. vs. Monsa”, L.L. 1994-E-379, La Ley Online cita AR/JUR/437/1993. Conf. CNCom., Sala A, 30-5-97, “Dilas S.A. vs. 5 Men S.R.L.”, L.L. 1998-E-186, L.L. 1997-E-498, La Ley Online cita AR/JUR/1426/1997, DJ, 1997-3-630; Id., Id., 28-5-99, “Saad, Mario vs. Edrosa, Hugo E.”, L.L. 1999-F-87, La Ley Online cita AR/JUR/1879/1999, y DJ, 2000-1-1233.

<sup>308</sup> CNCom., Sala A, 30-5-97, L.L. 1998-E-186; L.L. 1997-E-498; DJ 1997-3-630; CFed. San Martín, 5-3-90, “Vita, Nicolás R. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L.L. 1990-E-453; DJ, 1991-1-512.

relevancia en ausencia de medios de convicción sobre los hechos controvertidos, supuesto en el cual el órgano jurisdiccional no puede incurrir en “*non liquet*” y tiene el deber de emitir un juicio de certeza para establecer cuál de las partes ha de soportar las consecuencias que provoca esa deficiencia. En cambio, ellas no operan cuando hay elementos susceptibles de fundar esa convicción en el caso concreto, cualquiera de las partes sea quien las haya aportado ya que están alcanzadas por el principio de adquisición procesal<sup>309</sup>.

### **La teoría del abuso del derecho debe interpretarse restrictivamente**

En general se ha entendido que la teoría del abuso del derecho debe ser de interpretación restrictiva<sup>310</sup>; en caso de duda debe estarse a que no ha existido abuso<sup>311</sup>. Alegado el abuso del derecho y dado lo excepcional de la situación, deben analizarse en cada caso con rigor extremo las circunstancias o indicios que autoricen a darlo por configurado<sup>312</sup>. Se exige que la conducta abusiva sea claramente probada, a fin de evitar de este modo lo que se ha dado en llamar “abuso del abuso del derecho”<sup>313</sup>.

Sobre el tema se ha señalado que la teoría del abuso del derecho, tanto sustancial como procesal, es de interpretación restrictiva, porque el acatamiento de las normas jurídicas representa un valor fundamental cuyo respeto confiere seguridad, afianza el orden y propende a la paz y sólo aplicable cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo del acto<sup>314</sup>.

### **Formas de corrección o sanción de la conducta abusiva**

---

<sup>309</sup> CNCiv., Sala G, 23-8-93, L.L. 1994-E-379.

<sup>310</sup> CSJN, 4-8-1988, “Automóviles Saavedra S.A. vs. Fiat Argentina S.A.”, Fallos 311:1337; CNCiv., Sala A, 13-5-1975, E.D. 66-395; CNCCom. Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394; CNCiv., Sala E, 21-3-1995, L.L. 1995-E-166, con nota de SALERNO, Marcelo Urbano: “Pago intempestivo y abuso del derecho” y DJ 1996-1-230.

En un caso particular se ha dicho que si bien es cierto que la determinación de cuándo el ejercicio de un derecho es o no abusivo, es cuestión que debe ser extraída de las circunstancias propias de cada caso, no debe por ello seguirse un criterio estricto máxime cuando –como en el *sub lite*– resulta claro que la retención, en calidad de indemnización, de las sumas percibidas a cuenta de precio, provocan un resultado contrario a la buena fe, moral y buenas costumbres (CNCiv., Sala G, 6-4-1981, L.L. Online cita AR/JUR/1939/1981).

<sup>311</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Código Civil y Leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Bs. As., Astrea, 1994, tomo 5, pág. 54; citando a ANDORNO, Luis O.: “Abuso del derecho”, Zeus, 16-D-21.

Cuando se trata de privar de efectos a una cláusula contractual, la teoría del abuso del derecho debe utilizar restrictivamente, solamente cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo (CSJN, 28-9-1993, “Banco Roberts S.A. en autos caratulados ‘Martínez Saravia, Miguel Ángel’”, Fallos 316:2069; Rep. E.D. 28-24.

<sup>312</sup> CNCCom., Sala B, 30-8-1976, E.D. 71-393.

La conducta abusiva debe aparecer inequívoca, que no quepa duda alguna de que se pretende ejercer el derecho en forma irregular, con intención de perjudicar y que el daño ocasionado haya sido grave y de tal magnitud que remata en una notoria injusticia (CNCiv., Sala G, 3-7-2001, E.D. 194-531).

<sup>313</sup> CNCCom. Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394; CNCiv., Sala E, 8-7-1976, E.D. 68-256, voto del doctor Fliess.

<sup>314</sup> KIELMANOVICH, Jorge A.: “El abuso del derecho en las medidas cautelares”, L.L. 2012-E-1208.

El primer paso para que se produzcan los efectos del abuso del derecho consiste en que el juez llegue a la conclusión de que el ejercicio de un derecho es abusivo<sup>315</sup>. Las conductas abusivas pueden determinar las siguientes consecuencias<sup>316</sup>, que pueden aplicarse en forma alternativa o acumulativa<sup>317</sup>:

**- *Impedir que se alcancen las consecuencias pretendidas mediante el acto abusivo.***

Se trata de la tutela preventiva por la que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, lo que está expresamente contemplado en el tercer párrafo del art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial<sup>318</sup>. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se niega protección jurisdiccional a quien pretende actuar abusivamente<sup>319</sup>. Así, cuando se rechaza *in limine* una demanda improponible<sup>320</sup>, una medida

---

<sup>315</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64.

<sup>316</sup> LÉPORI WHITE, Inés: "Abuso procesal (La función de los jueces y el abuso procesal)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 43, específicamente pág. 51.

<sup>317</sup> BALESTRO FAURE, Miryam: "La proscripción del abuso de los derechos procesales", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 135, específicamente pág. 146.

<sup>318</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64.

<sup>319</sup> CNCiv., Sala C, 22-12-1988, E.D. 133-651; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 68-69.

<sup>320</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64. Sobre la demanda improponible, ver CONDORELLI, Epifanio J. L.: "Del abuso y la mala fe dentro del proceco", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pág. 45.

El tribunal ha de prevenir el abuso del proceso en especial en ejercicio de su *inmediación* frente a las partes (GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, n° 40).

Balestro Faure señala como una de las manifestaciones del principio de proscripción del abuso en el ámbito del proceso, el rechazo "*in limine*" de una demanda por improponibilidad objetiva. Dice que se trata de una atribución judicial, derivada de los principios de autoridad, economía y moralidad procesales, que los jueces deben ejercer, para cumplir con su responsabilidad de evitar el abuso del derecho con el proceso, cometido a través de la desviación antifuncional del principio dispositivo (BALESTRO FAURE, Miryam: "El abuso de los derechos procesales", Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 11-10-2005, 12; L.L. Online cita AR/JUR/2734/2005, ap. XVIII).

El efecto del acto abusivo (art. 1071 cód. civil modificado por ley 17.711) sin perjuicio de otros que pueden señalarse dentro del campo de la responsabilidad civil (v.gr., resarcimiento de los daños y perjuicios) es la "paralización del derecho" (ANDORNO, Luis: "Abuso del derecho", Zeus, marzo 29-1979) o la "improponibilidad de la acción" (ALTERINI, Atilio: L.L. 1978-C-42), debiendo, por lo tanto, el juez negar protección al autor del comportamiento abusivo (conf. VENINI, trabajo mencionado y jurisprudencia citada en LLAMBÍAS, "Código...", t. II-B, p. 307, punto 4, 15) (CNCom., Sala A, 25-3-1985, E.D. 117-262).

Cuando surge en forma manifiesta que la pretensión carece de tutela jurídica, ya porque la demanda tiene un objeto inmoral o prohibido por las leyes o porque la causa invocada como fundamento de la petición es ilícita o inmoral, el juez debe rechazar de oficio la demanda a fin de evitar un dispendio tan inútil como vicioso de la actividad jurisdiccional. Sería el caso típico de "improponibilidad objetiva", por oposición a la "improponibilidad subjetiva", derivada de la falta de legitimación. Se estima que esta facultad de repulsar liminarmente la demanda debe ser ejercida con la debida prudencia (ARAZI, Roland: en FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 2, 1993, págs. 176-177. Conf. FASSI, Santiago C. y MAURINO, Alberto L.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astra, tomo 3, 2002, pág. 174; PALACIO, Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo 7, 1993, págs.275-279; FALCÓN, Enrique M.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, Astrea, tomo 1, 2006, págs. 942-945; PAGES LLOVERAS, Roberto y VELERT, Jaime: en "Código Procesal

precautoria<sup>321</sup>, o un incidente, o cualquier planteo o demanda improcedentes<sup>322</sup>. También sería el caso del rechazo de recusaciones maliciosas<sup>323</sup> o de peticiones de realización de actos abusivos<sup>324</sup>. Debe tenerse en cuenta que, conforme se ha señalado, la tarea del juzgador no es introducirse en el contrato para hacer renegociaciones, salvo supuestos excepcionales en que, para llegar a una solución justa deba hacerse un acomodamiento del contrato<sup>325</sup>.

---

Civil y Comercial de la Nación”, Marcelo J. LÓPEZ MESA Director, Ramiro ROSALES CUELLO Coordinador, Buenos Aires, La Ley, tomo III, 2012, págs. 720-725).

<sup>321</sup> La petición de embargos excesivos, aun con base de créditos indudables, configura abuso del derecho claramente tipificado. Las medidas que constituyan un abuso del derecho del acreedor a valerse de medios de garantizar su crédito, aun pactadas expresamente, no obligan al juez a prestarles su fuerza ejecutoria (CNCom., Sala A, 20-12-1960, E.D. 1-583).

<sup>322</sup> El juez negará protección a quien pretende ejercer abusivamente su derecho y rechazará su demanda (BORDA, Guillermo: “Tratado de Derecho Civil”, Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 51; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en “Código Civil y leyes complementarias”, Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 68-69).

Si el ejercicio de un derecho es abusivo lo que corresponde, en primer término, es negar proyección a quien pretende ejercerlo y rechazar su demanda (CNCiv., Sala C, 14-12-1978, E.D. 82-629 y L.L. 1979-B-145).

El abuso del derecho es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, al que se podrá desbaratar por medio de acción o de excepción; sea para que el titular del derecho cese en su pretensión irregular, sea para que quede bloqueado el intento abusivo de lograr el amparo judicial para dicho ejercicio irregular (CNCiv., Sala C, voto del doctor Cifuentes al que adhiere el doctor Alterini, 2-5-1983, E.D.105-263, con cita de los siguientes autores: “LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: “Código Civil Anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; BORDA, Guillermo A: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 51-52, entre otros).

Pueden los jueces hacer aplicación del art. 1071 del cód. civil para rechaar pretensiones en juicio, a través de las cuales se intente pagar contraprestaciones valiosas en moneda envilecida a niveles extremos (CNCiv.Com.Fed., Sala II, 18-8-1982, E.D- 102-662).

<sup>323</sup> PEYRANO, Jorge W.: "Apuntes sobre dos temas poco transitados del abuso procesal: vías para obtener la declaración de que una conducta procesal resulta abusiva y el denominado 'abuso contextual'", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 405, específicamente págs. 406/407; “¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?”, E.D. 159-925, ap. III.

El planteamiento de la ANSES, de efectuar un ejercicio masivo del instituto de la recusación sin expresión de causa, para pretender apartar un miembro de la Cámara Federal de la Seguridad Social de todos los juicios que recaigan en su sala, desnaturaliza los propósitos y fines para los que fue concebido y ocasiona múltiples perjuicios a los justiciables, configurando un abuso del proceso que los jueces no deben tolerar, en virtud del deber que tienen de dirigir el procedimiento señalando los actos que desvirtúan las reglas o generen situaciones irregulares o de marcada anormalidad (CSJN, 4-12-2012, “Aguilera Grueso, Emilio vs. ANSES”, L.L. 2013-A-431; L.L. 2013-B-60; DJ 2013-33).

El ejercicio abusivo del derecho deriva en los siguientes efectos: a) compromete la responsabilidad del titular del derecho, por el daño resarcible; b) es causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares de modo que el acto jurídico será inválido y la acción judicial inadmisibles (CNCiv., Sala C, 14-12-1978, E.D. 82-629).

La facultad judicial de negar protección a quien actúa abusivamente conduce a no dar curso a las recusaciones en las que, pretendiéndose desconocer la resolución definitiva de una sala del Tribunal, se aducen circunstancias que no conllevan el más mínimo elemento para sostener la causal de enemistad (CNCiv., Sala C, 22-12-1988, E.D. 133-651).

<sup>324</sup> PEYRANO, Marcos L.: “El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su relación con el principio de moralidad procesal”, E.D. 184-1510, ap. V.

<sup>325</sup> Es claro que de la norma que debe aplicarse (art. 1071 del código civil reformado por ley 17.711) no resulta la idea de que los jueces puedan introducirse en el contrato para revisar sus cláusulas y renegociarlo, sea en el precio, sea en otros aspectos de sus modalidades (plazos, modos de pago, etc.). No es tarea del juzgador hacer renegociaciones. Por lo menos, no lo es si la ley no lo faculta expresamente, con clara determinación normativa. Tal ocurre excepcionalmente en casos como la lesión subjetiva (art. 954), la imprevisibilidad (art. 1198), las cláusulas penales excesivas (art. 656), desistimiento del locatario de obra (art. 1638). Sin embargo, frente a la particular situación de que hay cosa juzgada sobre la escrituración, no queda más remedio para evitar un ejercicio abusivo que llegar a un acomodamiento del contrato (CNCiv., Sala C,

- **Hacer cesar al culpable en la conducta abusiva.** Si la conducta abusiva tiene efectos continuados extrajudicialmente, el juez debe intimar al culpable para que cese en ella<sup>326</sup>.

- **Declaración de nulidad del acto.** En el derecho sustancial, una de las consecuencias de un acto prohibido, como es el antifuncional, es la posibilidad su invalidación<sup>327</sup>; o la invalidación parcial limitada a las consecuencias abusivas y perjudiciales del ejercicio del acto o prerrogativa, pero sin abatirlo totalmente<sup>328</sup>. Ese postulado se puede aplicar también en materia procesal, pero con una adecuación al sistema propio de las nulidades procesales<sup>329</sup>, que, entre otras cosas, normalmente requiere perjuicio e interés como presupuesto para su declaración (art. 172 CPCCN); o permite la convalidación del acto (art. 170 CPCCN).

- **Aplicación de sanciones.** El abuso puede determinar que el tribunal aplique

---

voto del doctor Cifuentes al que adhiere el doctor Alterini, 2-5-1983, E.D.105-263). Ver también CNCiv., Sala C, 10-7-1984, E.D. 110-663).

<sup>326</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302; BORDA, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil", Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 52; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 68-69; CNCiv., Sala C, 14-12-1978, E.D. 82-629 y L.L. 1979-B-145; Id., Sala B, 9-11-1981, E.D. 97-239.

Cuando el comportamiento antifuncional es de efectos continuados fuera del proceso, el juez ordena al causante el cese de la conducta abusiva (CNCom., Sala C, 4-9-2001, L.L. 2002-A-394).

El efecto del acto abusivo (art. 1071 cód. civil modificado por ley 17.711) sin perjuicio de otros que pueden señalarse dentro del campo de la responsabilidad civil (v.gr., resarcimiento de los daños y perjuicios) es la "paralización del derecho" (ANDORNO, Luis: "Abuso del derecho", Zeus, marzo 29-1979) o la "improponibilidad de la acción" (ALTERINI, Atilio: L.L. 1978-C-42), debiendo, por lo tanto, el juez negar protección al autor del comportamiento abusivo (conf. VENINI, trabajo mencionado y jurisprudencia citada en LLAMBÍAS, "Código...", t. II-B, p. 307, punto 4, 15) (CNCom., Sala A, 25-3-1985, E.D. 117-262).

<sup>327</sup> MAURINO, Luis A.: "Abuso del Derecho en el Proceso", Buenos Aires, La Ley, pág. 129; PEYRANO, Marcos L.: "El abuso del derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su relación con el principio de moralidad procesal", E.D. 184-1510, ap. V.

Dice Peyrano que, dado que el "abuso procesal" está prohibido y lo que está prohibido es, en definitiva, nulo, se sigue que también el acto antifuncional puede llegar a ser nulificado (En la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 189, específicamente pág. 194. Ver: PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, ap. III; "Apuntes sobre dos temas poco transitados del abuso procesal: vías para obtener la declaración de que una conducta procesal resulta abusiva y el denominado 'abuso contextual'", pág. 405, específicamente pág. 407/408; Conf. PEYRANO, Marcos L.: "El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal", pág. 199, específicamente, págs. 208; E.D. 184-1510, específicamente pág. 1514; RAMBALDO, Juan Alberto: "El abuso procesal", pág. 215, específicamente pág. 227).

El ejercicio abusivo del derecho, además de comprometer la responsabilidad del titular del derecho, por el daño resarcible, es causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares de modo que el acto jurídico será inválido y la acción judicial inadmisibles (CNCiv., Sala C, 14-12-1978, E.D. 82-629; L.L. 1979-B-145; Id. Id., 9-10-1978, E.D. 84-384; Id. Id. C, 2-5-1983, E.D.105-263).

<sup>328</sup> CNCiv., Sala E, 8-7-1976, E.D. 68-253.

<sup>329</sup> VARGAS, Abraham Luis: "El ejercicio abusivo del proceso (Crítica y Relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y Realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 285, específicamente pág. 318, 321.

El tribunal podrá *anular* en su caso, revocando y aún clausurando la etapa en que el abuso se produjo (GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, n° 40).

sanciones, ya sea a las partes o a los letrados<sup>330</sup>. Se trata de inconductas que, generalmente, son sancionadas por los ordenamientos legales, ya sea por los Códigos Procesales (v. gr. art. 45 CPCCN), ya por las leyes reglamentarias de la actividad profesional<sup>331</sup>. El órgano jurisdiccional puede aplicar de oficio sanciones disciplinarias<sup>332</sup>. Como observa Maurino, quien criticaba el texto original del art. 45 del Cód. Nacional, no siempre la parte perdedora es la que incurre en conductas abusivas<sup>333</sup>.

- ***Imposición de costas a la parte que ha incurrido en abuso o a sus letrados.*** Si el que ha incurrido en abuso es vencido, por aplicación del principio general consagrado por los ordenamientos procesales, debe imponérsele las costas<sup>334</sup>. Pero los ordenamientos permiten también la exención de costas al vencido, e incluso autorizan a imponerlas al vencedor cuando hubiere mérito para ello<sup>335</sup>. El abuso puede ser una circunstancia determinante para eximir de costas a la parte contraria a la que incurrió en proceder abusivo, o para imponérselas a ésta, según las circunstancias de cada caso. También puede imponerse las costas a los letrados de la parte abusadora.

- ***Disminuir o no regular honorarios al profesional que incurrió en abuso.*** Los ordenamientos arancelarios normalmente prevén que no se regulen honorarios por los trabajos "inoficiosos" o "superfluos". Y si se puede lo más, según el caso, puede también disminuirse el monto que legalmente hubiera correspondido por tales emolumentos<sup>336</sup>. El

---

<sup>330</sup> Sobre el tema, ver MAURINO, Luis A.: "Abuso del Derecho en el Proceso", Buenos Aires, La Ley, págs. 123 a 129.

En nuestro derecho positivo las respuestas concretas a la inconducta procesal vienen eminentemente desde la faz sancionatoria, en el marco del mismo juicio en que aquélla se verifique (CApel.Civ.Com. Mar del Plata, Sala I, 15-3-2012, E.D. 247-442).

<sup>331</sup> PEYRANO, Marcos L.: "El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 199, específicamente, págs. 207/208; y E.D. 184-1510, específicamente pág. 1514; "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, ap. V.

<sup>332</sup> PEYRANO, Jorge W.: "Apuntes sobre dos temas poco transitados del abuso procesal: vías para obtener la declaración de que una conducta procesal resulta abusiva y el denominado 'abuso contextual'", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 405, específicamente pág. 407.

<sup>333</sup> MAURINO, Luis A.: "Abuso del Derecho en el Proceso", Buenos Aires, La Ley, pág. 49.

<sup>334</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 68-69.

El abuso constituirá uno de los fundamentos concurrentes a la condena en los gastos procesales por inadecuada conducta de las partes (GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, n° 40).

<sup>335</sup> PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, ap. III.

<sup>336</sup> Incurre en abuso del derecho el ejecutante que obtiene mandamiento de intimación de pago y de embargo, y a pesar de ello, también pide y obtiene se decrete un embargo preventivo sobre el mismo bien del deudor denunciado a los efectos de diligenciar aquél mandamiento. Ello aunque el embargo preventivo se haya decretado el día antes que la providencia sobre mandamiento de intimación y embargo definitivo. El acreedor que, sin interés serio y legítimo, solicita y obtiene medidas precautorias, eligiendo, inútilmente, la vía más gravosa para el ejecutado, incurre en un acto antifuncional, o sea, en un abuso del derecho. Este acto abusivo debe tenerse en cuenta al establecer los honorarios del letrado y del apoderado del ejecutante, ya que ese acto



anteproyecto de Código Procesal para la Provincia de Buenos Aires (redactado por los Dres. Arazi, Eisner, Kaminker y Morello), en el art. X de las disposiciones generales, establece que no se regularán honorarios al profesional que realice actuaciones inútiles y dilatorias; e igualmente dispone que al tiempo de regular los honorarios los jueces tendrán especialmente como mérito aquellas actividades que hayan permitido abreviar la duración del proceso.

- **Posibilidad de inferir argumentos de prueba contrarios a la parte que ha incurrido en conducta abusiva.** Del comportamiento procesal del justiciable, el juez puede deducir argumentos de prueba en su contra<sup>337</sup>. Dicen Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce que la conducta maliciosa de la parte permite al juez obtener argumentos suavorios en cuanto a la prueba. Así, v. gr., el art. 163 inc. 5º, último párrafo del CPCCN dispone: "*La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*"<sup>338</sup>. Pero, señala Clemente Díaz, la presunción que la conducta de la parte origina debe ser cautelosa y prudentemente apreciada por los jueces para no sancionar la malicia con una injusticia<sup>339</sup>.

- **Incremento de los intereses.** En los casos en que se reclaman sumas de dinero, la conducta del deudor que litigue sin razón valedera y maliciosamente, puede ser sancionada con el acrecentamiento de los intereses; así lo disponen los arts. 565 del Cód. de Comercio; art. 622 del Código Civil<sup>340</sup>.

- **Resarcimiento de los perjuicios causados por el acto.** Si el acto abusivo ha causado un daño, el afectado puede reclamar el resarcimiento respectivo<sup>341</sup>. Se trata de una

---

les es directamente imputable, sin mediar instrucciones especiales del acreedor (CJSalta, 17-12-53, J.A. 1954-I-304).

<sup>337</sup> DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 276.

<sup>338</sup> MORELLO, PASSI LANZA, SOSA Y BERIZONCE: "Códigos...", Buenos Aires -Abeledo-Perrot-, La Plata -Lib. Edit. Platense-, tomo I, 1969, pág. 462/463.

<sup>339</sup> DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 276.

<sup>340</sup> DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 275.

<sup>341</sup> LLAMBIÁS, Jorge Joaquín: "Código Civil Anotado", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo II-B, 1979, pág. 302;; BORDA, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil", Parte General", Buenos Aires, Editorial Perrot, tomo I, 1970, pág. 52; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio Director, Zannoni Coordinador, Buenos Aires, Astrea, tomo 5, 1994, pág. 68-69; PEYRANO, Jorge W.: "¿Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil?", E.D. 159-925, ap. III; GELSI BIDART, Adolfo: "Abuso del proceso", E.D. 96-955, n° 40 CNCiv., Sala C, 14-12-1978, E.D. 82-628 y L.L. 1979-B-145; Id. Id., 9-10-1978, E.D. 84-384; Id. Id., 2-5-1983, E.D.105-263; Id., Sala B, 9-11-1981, E.D. 97-239; CNCCom., Sala A, 25-3-1985, E.D. 117-261; LORENZETTI, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, tomo I, 2014, pág. 64.

El art. 208 del CPCCN vincula la cuestión de una medida precautoria trabada sin derecho con lo preceptuado por el art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711 (art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial) en cuanto importa responsabilidad por el ejercicio abusivo de los derechos (CNCCom., Sala B, 15-12-1976, E.D. 75-376).

responsabilidad independiente de la del pago de las costas<sup>342</sup>. La responsabilidad extracontractual por los daños causados por el abuso procesal, no es de carácter autónomo, sino que se rige por los principios generales de la responsabilidad civil<sup>343</sup>, sin perjuicio de tomar en cuenta las características propias vinculadas al ámbito en donde se produce<sup>344</sup>. Sea, entonces, que la imputación de responsabilidad se base en un factor de atribución objetivo, o en uno subjetivo, lo cierto es que para que opere la responsabilidad de la parte que incurrió en abuso es menester que concurren los presupuestos generales de la responsabilidad civil (antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación de “causalidad”)<sup>345</sup> (Sobre el tema ver *supra* el título “Elementos que conforman la conducta abusiva”, sub título: “b) Aspecto subjetivo”). Pero, aparte de la responsabilidad civil extracontractual, existe la responsabilidad civil contractual entre el abogado, procurador y el mandatario o patrocinado<sup>346</sup>. En un fallo se ha dicho que si el acto o el derecho se ejercen abusivamente con malicia (ánimo de perjudicar), la sanción no puede ser otra sino la invalidez o la reparación integral, porque ya se entra en lo inequívocamente ilícito, sea en el ámbito contractual o extracontractual. En cambio cuando no existe esa torpe finalidad, más se da una situación abusiva, la sanción debe concretarse –de ser posible frente a las modalidades del caso- a limitar o morigerar el acto, sin destruirlo<sup>347</sup>.

- **Imposición de penas.** Ello ocurriría en caso que la conducta abusiva configurara también un ilícito penal (v. gr., cohecho).

---

<sup>342</sup> PEYRANO, Jorge W.: "Responsabilidad derivada del abuso del Derecho en el ámbito del proceso civil santafesino", en la obra colectiva "Abuso Procesal", director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 413; WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo: "Responsabilidad del embargante por daños al tercerista vencedor", E.D. 161-480.

<sup>343</sup> PEYRANO, Jorge W.: "Responsabilidad derivada del abuso del Derecho en el ámbito del proceso civil santafesino", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 413, específicamente pág. 416/417.

<sup>344</sup> BARRECA, Mabel C. y KRAISELBURD, Susana B.: "Reparación de los daños y perjuicios fundados en el abuso procesal", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 331, específicamente pág. 339.

<sup>345</sup> CJ Tucumán, Sala Criminal y Penal, 31-5-1996, L.L. 1996-D-569; L.L. NOA 1998-9; DJ 1996-2-1098.

<sup>346</sup> VARGAS, Abraham Luis: "El ejercicio abusivo del proceso (Crítica y Relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y Realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)", en la obra colectiva "Abuso Procesal", Director Jorge W. Peyrano, Coordinador Juan Alberto Rambaldo, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2001, pág. 285, específicamente pág. 321.

<sup>347</sup> CNCiv., Sala E, 8-7-1976. E.D. 68-253.